

DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA DE PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS.

ESPECIAL REFERENCIA A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LA COMUNICACIÓN COMO MEDIO COMISIVO

*Hazel Jasmin Bolaños Vásquez
Miguel Ángel Boldova Pasamar
Carlos Fuertes Iglesias*



COLECCIÓN INVESTIGACIONES
Universidad Tecnológica de El Salvador

34

DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA DE PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN COMO MEDIO COMISIVO

Investigadores

Hazel Jasmin Bolaños Vásquez

Universidad Tecnológica de El Salvador

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Universidad de Zaragoza

Carlos Fuertes Iglesias

Universidad de Zaragoza

La presente investigación fue subvencionada por la Universidad Tecnológica de El Salvador. Las solicitudes de información, separatas y otros documentos relativos al presente estudio pueden hacerse al correo electrónico: hazel.bolanos@utec.edu.sv o en la dirección postal: Universidad Tecnológica de El Salvador, Vicerrectoría de Investigación, Dirección de Investigaciones, calle Arce y 17ª. avenida Norte, edificio *José Martí*, 2ª. planta, San Salvador.

San Salvador, 2014

Derechos Reservados

© Copyright

Universidad Tecnológica de El Salvador

San Salvador, El Salvador, Centroamérica

364.174

B687d Bolaños Vásquez, Hazel Jasmín

sv Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años : especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo / Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Carlos Fuertes Iglesias. -- 1ª. ed. -- San Salvador, El Salv. : Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014.

178 p. : 23 cm. -- (Colección investigaciones ; v. 34)

ISBN 978-99961-48-16-3

1. Pornografía infantil. 2. abuso del niño. 3. Delito contra los niños. 4. Derechos del niño. I. Boldova Pasamar, Miguel Ángel, coaut. II. Fuertes Iglesias, Carlos, coaut. III. Título.

BINA/jmh

AUTORIDADES UTEC

Dr. José Mauricio Loucel

Presidente Junta General Universitaria

Lic. Carlos Reynaldo López Nuila

Vicepresidente Junta General Universitaria

Sr. José Mauricio Loucel Funes

Presidente UTEC

Ing. Nelson Zárate

Rector UTEC

Delitos relacionados con la pornografía de personas menores de 18 años.

Especial referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio comisivo

Hazel Jasmin Bolaños Vásquez • Miguel Ángel Boldova Pasamar • Carlos Fuertes Iglesias

Vicerrectoría de Investigación

Licda. Noris Isabel López Guevara

Vicerrectora

Licda. Blanca Ruth Orantes

Directora de Investigaciones

Licda. Evelyn Reyes de Osorio

Diseño y Diagramación

Noel Castro

Corrector

PRIMERA EDICIÓN

150 ejemplares

Abril, 2014

Impreso en El Salvador

Por Tecnoimpresos, S.A. de C.V.

19 Av. Norte, No. 125, San Salvador, El Salvador

Tel.:(503) 2275-8861 • gcomercial@utec.edu.sv

Contenido

Pág.

Resumen	9
Siglas y abreviaturas	10
1. Antecedentes.....	12
2. Definición de pornografía infantil.....	16
2.1 Características de la pornografía infantil.....	18
2.2 Clases de pornografía infantil.....	19
2.2.1 Pornografía infantil expresa.	19
2.2.2 Pornografía infantil literaria.	19
2.2.3 Pornografía infantil virtual.	20
2.2.4 Pornografía infantil sonora.	20
2.2.5 Pseudopornografía infantil.	20
2.2.5.1 Pornografía técnica.	21
2.2.5.2 Pornografía infantil artificial.....	22
3. El sexting.....	22
4. Material pornográfico.....	24
5. Marco legal internacional.....	26
5.1 Instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas.....	26
5.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.	26
5.1.2 Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.	27
5.1.3 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	28
5.1.4 Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.	30
5.2 Regulación de la Organización de Estados Americanos.....	31

5.2.1 Referencia sucinta a Estados Unidos de América	32
5.3 Regulación en el Derecho europeo	34
5.3.1 Tratamiento jurídico en el entorno europeo del delito de pornografía de personas menores de edad.	42
5.3.1.1 Alemania	42
5.3.1.2 Reino Unido	46
5.3.1.3 Francia.....	49
5.3.1.4 Italia.	49
6. Las tecnologías de la información y la comunicación como medios de comisión de la pornografía de personas menores de edad.....	51
6.1. La prueba técnico-científica	55
6.1.1 Rastros en la Red.	58
6.1.2 Intervención de correo electrónico.	59
6.1.3 Análisis de computadoras.	61
6.1.4 Análisis de teléfonos celulares y dispositivos electrónicos.....	65
7. Regulación jurídico-penal de los delitos relacionados con la pornografía de personas menores de edad.....	66
7.1 Derecho Penal español	66
7.1.1 Utilización o captación de personas menores de edad con fines, o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.	68
7.1.2 Financiación de estas actividades u obtención de lucro (189.1.a) in fine CP).....	71
7.1.3 Conductas de producción y tráfico de pornografía (producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier	

medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces, o poseerlo para estos fines)	72
7.1.4 La posesión (189.2 CP).....	73
7.1.5 Tipos agravados (189.3 CP).....	74
7.1.6 Referencia a la corrupción de menores (189.4 CP)	77
7.1.7 Omisión en la corrupción de menores (189.5 CP).	79
7.1.8 Pornografía virtual de menores o pornografía no real manipulada (189.7 CP).....	81
7.1.9 El elemento subjetivo de los tipos de pornografía	82
7.1.10 Responsabilidad de las personas jurídicas (189 bis CP).....	83
7.1.11 El <i>child grooming</i> como acto preparatorio punible.....	84
7.1.12 Valoración crítica del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en esta materia.	86
7.2 Derecho Penal salvadoreño.....	93
7.2.1 Utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía.....	94
7.2.1.1 Bien jurídico protegido.	94
7.2.1.2 Conducta típica.	99
7.2.1.3 Sujeto activo.	105
7.2.1.3.1 Personas menores de 18 años.....	106
7.2.1.3.2 Personas jurídicas.	107
7.2.1.4 Sujeto pasivo.....	112
7.2.1.5 Tipo subjetivo.....	115
7.2.1.6 Objeto material y medios comisivos.	116
7.2.1.7 Clasificación.	116
7.2.2 Posesión de pornografía	117
7.2.2.1 Bien jurídico protegido.....	117
7.2.2.2 Conducta típica.	120

7.2.2.3 Tipo subjetivo	122
7.2.2.4 Concursos.....	123
8. Análisis de sentencias dictadas por tribunales salvadoreños.....	123
8.1 Sentencia 205-10-2 del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, de uno de diciembre de dos mil diez. Confusión de posesión para el consumo propio con la posesión para la distribución, venta o comercio de pornografía infantil	123
8.2 Sentencia 453-CAS-2010 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de diecinueve de octubre de dos mil doce. Obtención de claves de acceso a la computadora y manipulación de evidencia.....	127
8.3 Sentencia de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de veinte de diciembre de dos mil doce. Imposibilidad de determinar la edad de las personas que aparecen en una fotografía pornográfica	130
8.4 Sentencia 451-CAS-2004 de la Sala de la lo Penal, de diecinueve de julio de dos mil cinco. Prueba obtenida de forma ilícita	133
8.5 Sentencia 0401-63-2009 del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, de dos de junio de dos mil nueve. No se valoró la utilización de la persona menor de edad en pornografía y la posesión en pornografía	136
8.6 Sentencia 0501-82-2009 del Tribunal de Sentencia de Usulután, de ocho de julio de dos mil nueve. No se valoró la posesión de pornografía.	137
Conclusiones y propuestas	139
Trabajos citados	162

Resumen

La presente investigación, a través de la metodología jurídico-doctrinal, realiza un análisis de los delitos de utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía y de posesión de dicha pornografía regulados en los artículos 173 y 173-A del Código Penal salvadoreño. Asimismo, se hace un estudio jurídico-comparativo de los tipos penales similares regulados en la legislación internacional y europea, con especial énfasis en la legislación española, con el objetivo de apuntar los aciertos de estas legislaciones, así como realizar propuestas de mejora a las actuales regulaciones jurídico-penales de estos delitos.

De igual forma, se realiza un análisis de sentencias emitidas por tribunales salvadoreños relacionadas con los delitos en estudio, con el objetivo de examinar la aplicación de la legislación penal que realiza el juzgador salvadoreño en sus sentencias, y de esta manera poder encontrar aquellos aspectos que necesitan ser mejorados para garantizar la persecución de estos delitos que afectan gravemente la indemnidad sexual de la niñez y adolescencia.

Abstract

This research, through doctrinal legal methodology and legal comparison analyzes the use of the offenses utilization of person under eighteen years and incapable or mentally impaired in pornography and possession of such pornography regulated in Articles 173 and 173 -A of the Salvadoran Penal Code. Also, the research has a legal-comparative study of similar offenses covered in the international and European law, with special emphasis on the Spanish legislation, with the aim of targeting the successes of these legislations, and make suggestions to improve the current criminal legal regulations of these crimes.

Moreover, the research analyses the judgments issued by Salvadoran courts with the related offenses in study with the aim of evaluate the application of criminal law that Salvadoran judges do in their judgments, and thus find those aspects that need to be improved to ensure the prosecution of these crimes that seriously affect the sexual indemnity of childhood and adolescence.

Siglas y abreviaturas

§	Sección
art.	Artículo
CD	<i>Compact Disc</i> (Disco Compacto)
CP	Código Penal
CRIS	<i>Child Recognition and Identification System</i> (Sistema de Reconocimiento e Identificación de Niños y Niñas)
CVIP	<i>Child Victim Identification Program</i> (Programa de Identificación de Niños y Niñas Víctimas)
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
D. F.	Distrito Federal
DHCP	<i>Dynamic Host Configuration Protocol</i> (Protocolo Internacional de Asignación)
DNS	<i>Domain Name System</i> (Sistema de Nombres de Dominio)
D.O.	Diario Oficial
DVD	<i>Digital Video Disk</i> (Disco de Video Digital)
EE.UU	Estados Unidos de Norteamérica
FTP	Protocolo de Tranferencia de Ficheros
IPS	Proveedor de Servicios de Internet
Lepina	Ley Especial de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
L.O	Ley Orgánica
mms	<i>Multimedia Messaging System</i>
NCMEC	<i>National Center for Missing & Exploited Children's</i> (Centro Nacional de Niños y Niñas Perdidos y Explotados)

OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
P2P	Protocolo <i>Peer-to-Peer</i> (de igual a igual)
PNC	Policía Nacional Civil
PRCP	Proyecto de reforma del Código Penal español
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StGB	Código Penal Alemán
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
UE	Unión Europea

1. Antecedentes

La pornografía es casi tan antigua como el mundo. En las culturas occidental y oriental se representaban zonas erógenas del cuerpo humano o escenas de contenido explícitamente sexual y erótico a través de la escultura y la recreación pictórica, cuyas primeras manifestaciones aparecen ya en el período Paleolítico, muchas veces vinculadas con creencias religiosas o significaciones espirituales. Posteriormente, en el siglo XVI, durante el Renacimiento, surgieron los primeros intentos de imprimir literatura erótico-pornográfica; y su difusión comienza a generalizarse a partir del siglo XVII (Boldova, 2008).

Sin embargo, la pornografía —tal como la conocemos hoy en día— surgió con la aparición de la fotografía. Pocos años después de que Daguerre presentara en 1839 el daguerrotipo ya se hacían las primeras fotografías de desnudos y parejas sosteniendo relaciones sexuales; y de forma similar la difusión de la pornografía se amplió con la aparición del cine, que conllevó la producción de películas pornográficas (Boldova, 2008). Consiguientemente, también se comenzó a reproducir, comercializar y recopilar imágenes de contenido sexual en las que aparecían menores (Agustina, 2011). No obstante, la definición de pornografía no se incorpora a los tratados, diccionarios y enciclopedias sino hasta mediados y finales del siglo XIX (Boldova, 2008).

A partir de entonces la producción y difusión de pornografía fue castigada como un delito contra la moralidad pública o contra las buenas costumbres referidas al honor y pudor sexuales. Así, en España, tales conductas se sancionaban a través de la figura delictiva de escándalo público (Boldova, 2008); y en Argentina el Código Penal de 1881 sancionaba a quien vendiera, distribuyera o exhibiera canciones, folletos u otros escritos, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres (De Luca & López, 2009).

Mientras que en El Salvador, en 1890 el Código Penal establecía, en el capítulo de Delitos de escándalo público, que se castigaría con penas de arresto mayor y reprensión pública a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia (art. 396), e incurrían en multa de quince a cincuenta pesos los que expusieron o proclamaren, por medio de la imprenta y con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública (art. 397). De forma similar, en el libro tercero De las faltas y sus penas, el art. 518 establecía las penas de arresto menor, multa de cinco a veinticinco pesos y reprensión privada para los que,

con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos, ofendieren la moral y las buenas costumbres sin cometer delito.

De hecho, la sanción de la pornografía como un delito contra el pudor se mantuvo hasta el Código Penal de 1973, en el cual el artículo 212 castigaba por el delito de pornografía a *“los que den a la publicidad escritos, discursos, canciones, fotografías, cintas cinematográficas o figuras obscenas, libros, revistas o postales que ofendieren gravemente la moral pública, y quienes lo editaren, vendieren o distribuyeren o exhibieren, serán sancionados con diez a cien días multa”*.

El interés reciente por la pornografía de menores hemos de situarlo cronológicamente en los años sesenta, en los Países Bajos (Boldova, 2008; 2010), donde eclosiona como fenómeno de manera simultánea a la llamada “revolución sexual” en los Estados Unidos. Esta situación coadyuvó al incremento de la producción y difusión de pornografía de personas menores de edad. Así, para 1977 se hallaban en circulación en Estados Unidos alrededor de 250 revistas de pornografía infantil (Agustina, 2011). Fue esta eclosión de pornografía infantil la que impulsó su persecución legal a finales de los setenta y principios de los ochenta, causando finalmente que la producción y distribución de este tipo de pornografía disminuyera y quedará relegada en ámbitos marginales, con fotografías de baja calidad, difíciles de obtener y con un precio muy elevado (Agustina, 2011; Boldova, 2008).

No obstante, la revolución tecnológica que comenzó a partir de los años noventa con la popularización de Internet generó un resurgimiento y un auge sin precedentes de la pornografía de personas menores de edad, lo que conllevó a una transformación sustancial de la problemática, ya que, debido al fácil y rápido acceso a toda clase de contenidos que ofrece Internet, hace que la pornografía infantil se encuentre al alcance de cualquier persona; igualando sus cifras de ganancias a las de la industria de la pornografía de adultos (Agustina, 2011; Boldova, 2008; Rincón & Naranjo, 2012). Este aspecto fue advertido de una manera paradigmática por el informe de Carnegie Foundation (1995), que apuntaba que 917.410 imágenes, descripciones, cuentos y animaciones pornográficas habían sido descargadas 8.5 millones de veces por clientes en más de 2,000 ciudades de cuarenta países, provincias y territorios. Asimismo, los estudios de Kuhn, Bloxsome, & Pope (2007) y Bureau of Justice (2007) evidencian que el fenómeno se ha perpetuado hasta la actualidad, donde la tendencia apunta a un incremento paulatino.

A la revolución tecnológica generada por el surgimiento de Internet se sumó la revolución de la tecnología móvil, la cual permitió que desde los teléfonos celulares se pudiese realizar la distribución de información entre personas con efectividad y rapidez. Esta ventaja también fue aprovechada por las personas que se dedican a la producción y distribución de pornografía infantil (Agustina, 2011). Así, en la actualidad nos encontramos en un momento de franca expansión del fenómeno delictivo con los medios telemáticos como factor comisivo determinante. A efectos ilustrativos, la Memoria de la Fiscalía Superior de Andalucía de 2013 hace especial hincapié en esta materia, así como la Instrucción nº 2/2011 de la Fiscalía General del Estado en materia de criminalidad informática, que también acusa este aumento y justifica por ello un tratamiento especializado por el Ministerio Público en España.

En este sentido, actualmente se usan muchos de estos nuevos medios tecnológicos disponibles para realizar comportamientos criminales que afectan directamente a la indemnidad y la libertad sexual de los niños, niñas y adolescentes alrededor del mundo. Así, se hace uso de distintos instrumentos de comunicación tales como *webcams*, correo electrónico, el sistema de comunicación oral Skype, o las redes sociales como Twitter o Facebook para producir, distribuir u obtener pornografía infantil (Miró, 2012).

Toda esta nueva realidad se ha visto reflejada en el incremento de las víctimas de pornografía infantil, debido a que esta es un factor añadido en el grave problema de la trata de personas con fines de explotación sexual. Así, del total de víctimas de trata de personas con fines de explotación en pornografía infantil, el 50 % son niños y niñas (The Social Trends Institute [STI], 2011, págs. 55-56). Asimismo, en los últimos años, debido a la revolución de la tecnología móvil, ha tomado fuerza el fenómeno del *sexting*, anglicismo que hace referencia al envío de contenidos eróticos o pornográficos por medio de teléfonos móviles.

La primera referencia que se tuvo sobre el *sexting* fue en el año 2005, cuando dicho término fue utilizado por Yvonne Roberts en el *Sunday Telegraph*; a partir de entonces se ha verificado su incidencia en varios países del mundo, teniendo su profusión inicial en países anglosajones tales como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Reino Unido (Agustina, 2011, pág. 92).

Así, muchos de los estudios empíricos realizados sobre *sexting* son estadounidenses (Miró, 2012, pág. 93). Entre los más relevantes se encuentra el realizado

por The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy (2008), con el nombre “*Sex and Tech*”, en el cual el 20 % del total de jóvenes encuestados, de entre 13 y 19 años, manifestaron haber enviado o subido a Internet fotos en las que aparecían desnudos o semidesnudos —el 22 % de las chicas encuestadas frente al 18 % de los chicos—, de estos el 11 % era de adolescentes entre los 13 y 16 años. En cuanto a quién envían este tipo de fotografías, el 71 % de las chicas adolescentes y el 67 % de chicos adolescentes manifestaron que se las enviaron a un novio o novia, mientras que el 21 % de chicas adolescentes y el 39 % de chicos adolescentes dijeron haber enviado este tipo de fotografías a alguien con quien estaban interesados en conseguir una cita o en comenzar a salir juntos. Y el 15 % de los adolescentes manifestaron haber enviado este tipo de fotografías a alguien que conocían solamente por Internet.

Similares resultados se obtuvieron en la encuesta realizada por Cox Communications (2009). Así, de una muestra total de 655 adolescentes estadounidenses, uno de cada cinco manifestó haber enviado, recibido o reenviado fotos con desnudos o semidesnudos sexualmente sugerentes, por medio de mensajes de móvil o mediante correo electrónico; y alrededor de un tercio de los encuestados conocen a un amigo o amiga que envió o recibió este tipo de fotografías. El 60 % de ellos los habían enviado a su novio/a; y 1 de cada 10 afirmó haberlos enviado a personas que ni siquiera conocían.

En similar sentido, el estudio realizado por Lenhart (2009) evidenció que 4 % de los adolescentes entre 12 a 17 años y que poseen teléfonos celulares, en Estados Unidos, manifestaron haber enviado imágenes muy sugerentes o desnudos de ellos mismos a otra persona, frente al 15 % que reconoce haber recibido este tipo de imágenes. De estos, el 4 % de niños y niñas de 12 años han recibido mensajes con imágenes de desnudos o semidesnudos de una persona conocida.

Mientras que en el estudio realizado en España por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y France Telecom España (2010) con niños, niñas y adolescentes españoles entre 10 y 16 años, el 4 % de los encuestados manifestó haber enviado fotos o vídeos de ellos mismos en una postura provocativa o inapropiada, conducta conocida como *sexting activo*; y el 8,1 % manifestó haber recibido fotos o videos de personas de su entorno en una postura provocativa o inapropiada, conducta que ha sido denominada como *sexting pasivo*.

Asimismo, el 17 % de los encuestados afirmó conocer a un amigo o amiga cuyas imágenes habían sido difundidas sin su consentimiento. Este dato evidencia

la peligrosa relación que existe entre el *sexting* y la pornografía infantil. Asimismo, el *grooming* y el *cyberbullying*, como medio de presión, chantaje, explotación y/o ridiculización contra la persona fotografiada son factores que pueden contribuir a la difusión de este tipo de imágenes a terceros (Agustina, 2011, pág. 93).

2. Definición de pornografía infantil

La denominada *pornografía infantil* o, más concretamente, la pornografía de personas menores de edad constituye un fenómeno criminal complejo y de extraordinaria proliferación en el mundo actual, si bien no es precisamente su novedad el aspecto alarmante y que exige una respuesta del Derecho Penal, sino —y esto es lo relevante— un incremento exponencial de las posibilidades de tráfico, distribución e incluso captación subrepticia de imágenes con Internet como marco (aunque no exclusivo), y las redes sociales y redes P2P como una expresión más concreta dentro de dicho fenómeno.

A pesar de que la pornografía infantil no es aceptada socialmente, a la hora de definir el término no existe una opinión unánime (Miró, 2012; Morilla Fernández, 2005), debido a que la construcción de un concepto único depende de varios factores tales como la cultura, la moral, la religión, así como las pautas concretas de comportamiento sexual de cada sociedad (Sanz, 2009). Por lo tanto, se vuelve necesario delimitar el contenido de su definición.

Para comenzar a delimitar la definición de *pornografía infantil* podemos apuntar que tradicionalmente esta ha sido considerada como una manifestación de otras conductas delictivas, tales como las derivadas de la explotación sexual infantil (De Luca & López, 2009; Morilla Fernández, 2005). Así, el Consejo de la Unión Europea (2004) establece que la explotación sexual infantil hace referencia a las siguientes conductas:

- a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines;
- b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos;
- c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes:
 - i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza,

- ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales,
- iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño.

Por lo tanto, De Luca & López (2009, pág. 234) afirman que solo a partir de la agresión o el abuso sexual consumados sobre algún menor es posible la existencia de la cadena de creación, producción, difusión y distribución comercial de la pornografía infantil; consecuentemente, la explotación comercial del menor, que comienza en la producción de los actos previstos en el tipo penal, acaba en el destinatario del producto: el consumidor.

En cuanto a la definición de *pornografía infantil*, en sentido estricto, Boldova (2008) afirma que, en principio, hay que entenderla como aquel material que incorpore a una persona menor de edad real en una conducta sexual explícita. Esta definición, sin entrar en matizaciones, puede entenderse como de común aceptación o que no admite cuestionamientos. Similar definición aporta Morillas (2005). Sin embargo, Agustina (2010) añade que la expresión *pornografía infantil* no debe reducirse a material pornográfico con temáticas de niños, sino que debe entenderse como un fenómeno más complejo que hace también referencia a imágenes explotadas con fines sexuales en las que las víctimas son niños.

No obstante, la Organización Internacional de Policía Criminal [Interpol] (2013) propone dejar el uso del término “engañoso”¹ de *pornografía infantil* cuando se refiera a imágenes de abuso sexual de los niños, entendiendo que la imagen sexual de un niño constituye por sí abuso o explotación y, por lo tanto, nunca debería ser descrita como *pornografía*, dado que este último término es utilizado para los adultos que participan en actos sexuales consensuados y distribuidos mayoritariamente de forma legal al público en general para su placer sexual. Por lo tanto, las imágenes que contienen imágenes de abuso infantil no son pornografía, ya que involucran a niños y niñas que no pueden consentir este tipo de actos y que son víctimas de un delito.

Además, continúa Interpol (2013), para los adultos que se excitan sexualmente a través de este tipo de imágenes, pueden creer que al utilizar términos como *pornografía infantil*, *kiddy porn*, o similares, les permite pensar que de alguna manera es aceptable y legítima, al igual que otros tipos de pornografía. Tales definiciones y

¹ Las comillas son nuestras.

nombres reflejan una época en la que no se comprendía completamente el impacto del abuso sexual, pero es importante mantener en perspectiva que los niños y niñas que han sido abusados y fotografiados sexualmente merecen ser protegidos y respetados, por lo que el uso trivial del término *pornografía* no refleja la gravedad de este tipo de abuso. Finalmente, Intepol (2013) sugiere el uso de definiciones precisas y más exactas, tales como “abuso sexual infantil documentado”, “material de abuso sexual infantil”, “material sexual infantil explotador”, “abuso sexual infantil representado” o “imágenes de abuso infantil”.

De igual forma, Boldova (2010) aconseja utilizar la denominación de *pornografía de menores*, que no es necesariamente pornografía infantil, por cuanto esta es una modalidad de la primera, que engloba precisamente no solo a los infantes, sino también a adolescentes (pre púberes y púberes) y jóvenes menores de edad. Por lo tanto, el calificativo “de menores” nos resulta mucho más satisfactorio terminológicamente, tanto desde la óptica exclusivamente penalista como criminológica del fenómeno.

2.1 Características de la pornografía infantil

Representación visual

La representación visual de pornografía infantil puede realizarse en todos aquellos documentos susceptibles de ser representados (Morillas, 2005), teniendo dicha representación como característica fundamental mostrar al niño o niña completo, reproduciendo lo más realmente posible su rostro (Rincón & Naranjo, 2012) y sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, es decir, que dichas representaciones sean las de actividades sexuales explícitas (De Luca & López, 2009).

En este sentido, afirman De Luca & López (2009), al entenderse por “genitales” a los órganos sexuales externos, quedarían excluidas las demás partes del cuerpo en la medida en que no participen de una actividad sexual explícita. Asimismo, la representación de las partes genitales debe obedecer a una finalidad sexual para descartar propósitos educativos o de índole similar.

Las formas en que tradicionalmente se representa visualmente a la pornografía infantil son:

- a) A través de fotografías. Esta ha sido la forma más tradicional de representación de pornografía. En sus inicios, antes de la revolución de la tec-

nología móvil e Internet, este tipo de material se obtenía principalmente en quioscos de prensa, donde se ofertaban revistas pornográficas, o en tiendas de material pornográfico, donde clandestinamente se ofrecía la posibilidad de adquirir fotografías de pornografía infantil.

Actualmente, el medio más utilizado para obtener este tipo de fotografías es Internet, dada su facilidad de adquisición o mero acceso. Usualmente el intercambio de fotografías de pornografía infantil se da a través de chats, donde los pedófilos acuerdan intercambiarse a través del correo electrónico tales fotografías. Asimismo, Internet facilita su compra directa a través de páginas web o descarga de archivos.

- b) A través de filmación. Este tipo de representación de pornografía infantil solía adquirirse principalmente en video-clubs, y actualmente se adquiere mayoritariamente a través de Internet (Morillas, 2005).

Real

Las imágenes proyectadas o divulgadas deben ser reales, por lo tanto, no serán consideradas como pornografía infantil aquellas que muestren a personas menores de edad irreales creadas a través de computadora u otras técnicas (Morillas, 2005); o cuando se trate de adultos que simulen ser menores de edad (Boldova, 2008).

2.2 Clases de pornografía infantil

2.2.1 Pornografía infantil expresa.

Consiste en toda aquella conducta sexual explícita desarrollada o en la que participa directamente un menor de edad o incapaz, quedando sujeta a filmación o exhibición (Morillas, 2005).

2.2.2 Pornografía infantil literaria.

Consiste en la representación de pornografía infantil por medios escritos o literarios en la cual no hay incorporación de imágenes ni sonidos de menores, ni por ello reproducción externa de una persona (Boldova, 2008, pág. 13). Actualmente en El Salvador este tipo de pornografía está excluido de sanción penal, sin omitir que pueda

ser constitutiva de actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público (art. 392 CP) o constituya una provocación para delinquir o apología del delito de pornografía infantil (art. 349 CP), pues no se utiliza ni directa ni indirectamente a los sujetos que la ley pretende preservar de dicha instrumentalización.

2.2.3 Pornografía infantil virtual.

Consiste en que, sin haberse utilizado directamente a personas menores de edad, se emplee su imagen o su voz alterada o modificada (Boldova, 2008; Carmona, 2004). Aquí la utilización del niño, niña o adolescente es únicamente indirecta, pero representa una conexión con los derechos e intereses de la persona menor de edad susceptibles de ser protegidos penalmente, y cuya punición se fundamenta únicamente en evitar el fomento y normalización de este tipo de materiales (Boldova, 2008).

No obstante, parte de la doctrina (Morales F., 2002) se opone a la incriminación de estas formas de pornografía por la ausencia de ofensividad o lesividad. Considera que 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.

Mientras que, para De Luca & López (2009), la pornografía virtual es aquella en la que no intervienen seres humanos sino sus representaciones, tales como las que se realizaren en dibujos, imágenes creadas por programas de computación, etc.

2.2.4 Pornografía infantil sonora.

Es aquella consistente en la reproducción de voz de personas menores de edad con connotación sexual. El material sonoro es relevante solo en la pornografía infantil virtual, como susceptible de ser utilizada en la composición de dicha subespecie de pornografía, pero ello no autoriza a extender sus efectos a la auténtica pornografía infantil, es decir, la que incorpora la utilización directa de un menor real en una conducta sexual explícita (Boldova, 2008, págs. 16-17).

2.2.5 Pseudopornografía infantil.

Este tipo de pornografía se limita a representar a personas menores de edad, ya sea a través del dibujo, de animaciones o de simulaciones hechas por adultos caracterizados. Por lo tanto, esta pornografía infantil no es real en tanto no han

participado en ella, ni directa ni indirectamente, un menor de edad (Boldova, 2008; Córdoba & García, 2004; De Luca & López, 2009; Morales F., 2002).

En este sentido, como bien apunta Boldova (2008), ya que en estos casos no se emplea la imagen o el sonido de una persona menor de edad, su producción y difusión así como su posesión para propio uso solo podrían representar un peligro abstracto, esto es, el evitar el potencial estímulo de explotación sexual de la persona menor de edad. Incluso —añade— en el caso de la posesión el peligro es mucho más remoto aún, pues a lo sumo la demanda del producto seguirá sin implicar la utilización de personas menores de edad.

Sin embargo, para Morilla Fernández (2005), el hecho de que el sujeto pasivo no aparezca íntegramente representado en este tipo de montajes no significa que deba de eximirse de responsabilidad penal al creador o traficante de pseudopornografía infantil, pues, aunque no se esté protegiendo al bien jurídico indemnidad sexual, sí se estará protegiendo a otros objetos tutelables como la intimidad, en el sentido del derecho a la propia imagen, o la dignidad pudiera verse afectada, conllevando a un tratamiento independiente de los supuestos de pornografía infantil en términos absolutos.

Al respecto, Sieber (como se citó en Aboso & Zapata, 2006, pág. 158) añade que no debe considerarse que se sanciona la difusión de material imitativo de relaciones sexuales con menores de edad porque este puede estimular la paidofilia o desinhibir a futuras víctimas, debido a la dificultad de determinar si dichas imágenes o fotos modificadas realmente contribuyen a estos supuestos.

La pseudopornografía infantil puede ser a su vez (Boldova, 2008):

2.2.5.1 Pornografía técnica.

Esta se limita a representar a niños, niñas o adolescentes por medio de mayores de edad que aparentan ser menores de edad por diversos medios o procedimientos, tales como retoque de fotos o filmaciones, eliminación del vello pubiano o facial, suavización de facciones, empleo de vestimentas de adolescentes, etc. (Morales F., 2002).

La pornografía técnica actualmente no es penada en la legislación salvadoreña. Sin embargo, existen legislaciones extranjeras que ya incluyen en los supuestos de pornografía infantil a la pornografía técnica. Así, en el ámbito europeo, tanto el

Convenio sobre cibercriminalidad (art. 9.2) como 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 (art. 1), establecen que también se entenderá por pornografía infantil cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en una conducta sexualmente explícita; o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita.

Sin embargo, como ya se pronunció Boldova (2008) coincidimos en la afirmación de que debido a que en estos casos no estamos ante el empleo de la imagen o el sonido de una persona menor de edad, su producción y difusión así como su posesión para propio uso solo podrían representar un peligro abstracto, y así evitar el potencial estímulo de explotación sexual del menor; pero la demanda del producto seguiría sin implicar la utilización de personas menores de edad. En la misma línea, Morales F. (2002) considera que la equiparación de la pornografía técnica con la pornografía infantil es criticable, ya que de esa forma el Derecho Penal tutela una difusa moral colectiva, pues ni siquiera se trata de una incitación directa a la paidofilia. En conclusión —añade Morillas (2005)— la pornografía técnica no puede considerarse como pornografía infantil, pues esta no reúne las características propias de esta tipología delictiva, además de no coincidir con el bien jurídico protegido por el delito de pornografía infantil dadas las cualidades del sujeto interviniente.

2.2.5.2 Pornografía infantil artificial.

Consiste en la representación pornográfica de una persona menor de edad creada íntegramente a partir de un patrón irreal (Morillas, 2005). Para Boldova (2008), se trata de una pornografía infantil falsa, porque se limita a representar a personas menores de edad, por ejemplo, a través del dibujo u otra clase de animación.

3. El sexting

El avance de las tecnologías de la comunicación ha contribuido al surgimiento de un nuevo comportamiento relacionado con la libertad sexual de los adolescentes, el cual es conocido como *sexting* (Miró, 2012).

En cuanto a la definición de *sexting*, debido a la novedad del fenómeno, hasta hace muy poco se comenzó a definirlo legalmente, en la medida en que este se va

tipificado expresamente en las legislaciones penales vigentes (Agustina, 2011, págs. 90-91). En este sentido, McLaughlin (2010) define al *sexting* como aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan personas menores de edad de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores de edad, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet (por ejemplo, subiendo fotografías o videos a sitios como Facebook o MySpace).² Sin embargo, Agustina (2011), apunta que en algunos estudios se amplían los límites de la definición tradicional de *sexting*, incluyendo en esta el intercambio de mensajes de contenido sexual explícitamente provocativos que no incorporan imágenes, siempre que estos conlleven una clara intencionalidad provocativa.

Las finalidades del envío de este tipo de imágenes generalmente son para enviar mensajes de amor o de odio a la pareja, para conocer personas o impresionar a alguien, por coquetear, porque alguien se lo pida, para sentirse bien o autoafirmarse, o por mera diversión (Cox Communications, 2009; Miró, 2012).

En este sentido, en el *sexting* pueden darse distintas modalidades conductuales, a saber: a) el adolescente que manda una imagen a alguien importante para él; b) el adolescente que hace y/o distribuye imágenes de sí mismo y otros participando en conductas sexuales explícitas; c) el adolescente que transmite o difunde una imagen desnuda de otro joven sin su conocimiento; d) el adolescente que publica dichas imágenes en un sitio web; e) el adolescente mayor que pide o coacciona a otro joven por tales imágenes; f) la persona adulta o adolescente que se hace pasar por un compañero de clase para engañar y chantajear a otros adolescentes para que le envíen imágenes; g) los adultos que envían fotos o videos a personas menores de edad o poseen imágenes sexualmente explícitas de menores de edad, y h) los adultos que envían mensajes de texto con imágenes sexualmente sugerentes a otros adultos (Leary, 2010).

Así, el contexto tecnológico junto con la minusvaloración que los adolescentes hacen acerca de los riesgos asociados a la conducta de *sexting* han contribuido a la expansión del este fenómeno (McLaughlin, 2010). Esto ha conllevado a que en países como China y Estados Unidos se castigue a las actividades de *sexting* como delitos de producción, posesión o distribución de pornografía de personas menores de edad (Agustina, 2011; Miró, 2012).

² Traducción de Agustina (2011).

No obstante, un sector doctrinal critica esta tendencia. Así, Miró (2012), manifiesta que hay varios caracteres que diferencian al *sexting* de los delitos de pornografía de menores, principalmente por el hecho de que los autores y quienes reciben los mensajes son generalmente adolescentes. Jaishankar (2009, págs. 22-23), añade que el *sexting* es una “*molestia cibernética*” ligada al incremento de teléfonos celulares por los adolescentes, y, por lo tanto, los padres, educadores y tutores de los adolescentes deben tomar los cuidados necesarios para prevenir el *sexting*; y no debería involucrarse a las agencias policiales o al Órgano Judicial en su persecución. En opinión del autor, la criminalización del *sexting* no contribuirá a su prevención, la solución estriba en concienciar a los adolescentes de los peligros que representa tanto el envío como la recepción de este tipo de imágenes.

4. Material pornográfico

Para los efectos de los delitos relacionados con pornografía de personas menores de edad, se entenderá por material pornográfico a cualquier tipo de soporte —material o informático— que contenga la representación de las imágenes reales de un niño, niña o adolescente realizando una conducta sexual explícita.

Tipo de soporte. El material pornográfico puede estar representado a través de libros, papeles, revistas y fotografías, ya sean impresas o digitales, así como imágenes de video que pueden ser tanto pregrabadas como transmitidas en vivo (De Luca & López, 2009, pág. 249; Moreno & Rueda, 2004, pág. 636). Sin embargo, en el caso de las imágenes transmitidas en vivo estas deben quedar registradas en algún tipo de soporte pues de lo contrario estas conductas serían constitutivas de delitos relativos a la explotación sexual de niños, niñas o adolescentes. Asimismo, quedan excluidos de la consideración de material pornográfico las líneas calientes telefónicas, los chats pornográficos o equivalentes en la medida en que tienen lugar en tiempo real y no se registran en soporte alguno (Boldova, 2008, pág. 26).

Imágenes de un niño, niña o adolescente. Respecto a la condición de que este material pornográfico debe contener la representación de un niño, niña o adolescente real —tal como apuntábamos *ut supra*—, existe un sector doctrinal a favor de también considerar como material pornográfico a la representación simulada de un niño, niña o adolescente en un contexto sexual. Sin embargo, como bien apuntan De Luca & López (2009), afirmar que la representación de pornografía en la que realmente no

se haya utilizado u explotado sexualmente a un menor para su confección ampliaría el tipo de una manera descomunal, importando un cambio radical en la concepción del bien jurídico protegido, dado que la explotación sexual de los menores solo puede producirse mediante su utilización. En estos casos en los que se representan escenas de explotación sexual de un menor, sin que su participación sea real, se afectarían otros bienes jurídicos o una determinada moral, pero no a persona menor de edad alguna. En este sentido, se estaría sancionando el eventual riesgo de inducción a otras personas, o la representación de un delito.

Conducta sexual explícita. Con base en 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, se considera como conducta sexualmente explícita la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, del contacto sexual, incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal; entre personas menores de edad, o entre un adulto y una personas menor de edad, del mismo u opuesto sexo; la brutalidad, la masturbación o el desarrollo de conductas sádicas o masoquistas.

En cuanto a la exigencia de la exhibición lasciva de los genitales o el área púbica del niño, niña o adolescente, para Morillas (2005), este es un criterio subjetivo en su apreciación, y que puede excluir muy diversos supuestos. Por lo tanto —añade— debe establecerse una distinción entre exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de un menor con toda aquella manifestación de las partes íntimas del infante orientada al disfrute o placer sexual físico de un adulto, por ejemplo, a través de actos masturbatorios, siendo un factor decisivo el componente sexual en las representación de los genitales o área púbica del menor, tales como poses provocativas o incitantes. Consecuentemente, siempre que se muestren los genitales o el área púbica del infante deberá probarse la naturaleza o finalidad de la imagen.

Por lo tanto, la exigencia de que las imágenes representen a una conducta sexual explícita excluye a los simples desnudos. Con esta exigencia se evita el considerar como material pornográfico a las fotografías o filmaciones que se hacen de un bebé o de un niño o niña en el ámbito familiar con el objetivo de servir como recuerdo. Esta distinción es muy importante, pues, aunque subjetivamente un pedófilo pudiera utilizar estas fotografías para su excitación, esto no las convierte en material pornográfico. En el mismo sentido, deberá excluirse como material pornográfico aquellos desnudos de niños o niñas de naturaleza artística, científica, educativa o de otro aspecto que no sea el puramente lascivo (Morillas, 2005).

5. Marco legal internacional

La problemática de la pornografía de personas menores de edad ha sido un tema que también ha preocupado a la comunidad internacional, lo que ha llevado a que los países, tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas como en ámbitos regionales, hayan firmado varios tratados internacionales cuyo objeto es combatir, o reducir, el problema de la pornografía de menores, particularmente por Internet, empleando ante todo los recursos propios del Derecho Penal (Capolupo, 2001).

A pesar de la existencia de estos instrumentos internacionales, Boldova Passamar (2008) señala que se encuentran diferencias entre los diversos textos internacionales; y estas discrepancias se manifiestan a veces en temas tan básicos como las definiciones esenciales o los límites concretos de las prohibiciones penales, cuyas divergencias pueden servir de estímulo a este tipo de criminalidad. En este sentido —añade— estos documentos normativos no siempre se presentan como la mejor técnica de unificación de las legislaciones, *“por cuanto son los propios Estados los que al final en el ejercicio legítimo de su soberanía hacen suya o no una opción legislativa, en la que habrán de influir las diferentes culturas y concepciones ético-sociales y jurídicas de los distintos Estados”* (Boldova, 2008, pág. 4).

Sin embargo, el autor también apunta que se han obtenido logros consistentes en una cierta homogeneización de las legislaciones penales con base en dichos textos internacionales, por ejemplo, la fijación de la edad límite hasta la cual se prohíbe que un sujeto menor de esa edad pueda ser explotado para la realización de pornografía, siendo de al menos 16 años en el ámbito internacional y 18 años en el ámbito europeo, así como que el material producido sea aprovechado por terceros para su difusión y consumo.

5.1 Instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas

5.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, y ha logrado una ratificación casi universal al contar con 193 Estados Parte.³ Es considerada el instrumento más completo de de-

³ El Salvador la ratificó en fecha 27/04/1990 y España en fecha 06/12/1990. Listado de Estados Parte de esta Convención disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSDetails.aspx?src=UNTSO>

fensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Capolupo, 2001), pues establece un marco integral de protección del menor a través de regulaciones legislativas, de policía y administrativas, y cuenta con varios artículos dirigidos a proteger a los niños, niñas y adolescentes de la pornografía. Así, entre estos artículos específicos cabe mencionar:

El artículo 19, el cual requiere de los Estados tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger a los niños y niñas de todas formas de violencia física o mental, maltrato o explotación, incluyendo el abuso sexual, mientras estén al cuidado de sus padres, representante legal o de cualquier otra persona que los tengan a su cargo.

El artículo 34, que hace especial alusión a formas concretas de explotación y abuso sexuales. En particular, subraya la necesidad de que los Estados Parte tomen las medidas necesarias para impedir la incitación o la coacción para que un niño o niña se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación del niño o niña en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño o niña en espectáculos o materiales pornográficos.

El artículo 39, que establece el compromiso de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las personas menores de edad víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o que sean utilizados en conflictos armados.

Huelga aclarar que la Convención debe ser interpretada como un conjunto de normas indivisibles, y, en este sentido, todo el articulado puede ser vinculado con la protección de niños, niñas y adolescentes contra este flagelo (Bolaños, 2013).

5.1.2 Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

Este Convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en fecha 17 de junio de 1999, y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. Para el año 2011 todos los países pertenecientes a la Organización de Estados Americanos (OEA), con excepción de Cuba, han ratificado el

[NE&tabid=2&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#Participants](#) (última visita 06/01/2014).

Convenio 182 de la OIT.⁴ La creación de este convenio surgió de la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Por este Convenio los países firmantes se obligan a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia. En este sentido, el artículo 3 letra b) regula entre “las peores formas de trabajo infantil” a la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños o niñas para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. Tal afirmación lleva implícito el compromiso de los Estados firmantes a prohibir y eliminar tales prácticas, además de constituirse en un referente internacional para las sucesivas resoluciones, tratados e informes relacionados con niños, niñas y adolescentes (Morillas, 2005).

5.1.3 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Este Protocolo tiene como antecedente la “Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet” llevada a cabo en Viena en 1999, en la cual los Estados manifestaron su preocupación por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía de menores en Internet y otros medios tecnológicos modernos, pidiendo, en particular en sus conclusiones, la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de Internet (Bolaños, 2013).

Esto llevó a la Comisión de Derechos Humanos a redactar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo específicamente a atacar estos fenómenos delictivos; y fue así como dicho Protocolo se aprobó y remitió, a través del Consejo Económico y Social, a la Asamblea General, para su adopción. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo en fecha 25 de mayo de 2000, y, a 2013, un total de 26 países de la OEA lo han ratificado.⁵

4 El Salvador ratificó el Convenio en fecha 15/06/2000 y España en fecha 02/04/2001. Listado de países que han ratificado el Convenio 182 de la OIT disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327 (última visita 06/01/2014).

5 Ratificado por El Salvador el 25/02/2004. Publicado en Diario Oficial: 57, Tomo: 362. Fecha de Publicación: 23/03/2004; y ratificado por España el 18/12/2001. Listado de países que han ratificado el

El objetivo del Protocolo es el asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la aplicación de sus disposiciones, dirigido a ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de las personas menores de 18 años contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

En sus artículos 2 y 3 establece que *“por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*; debiendo castigarse *“la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines de pornografía infantil”*, tanto si se han cometido dentro como fuera de las fronteras del Estado Parte, o si se han perpetrado individual o colectivamente. Asimismo, el artículo 9 establece que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga propaganda de los delitos enunciados en el Protocolo.

El Protocolo requiere que estas ofensas sean castigadas con penas adecuadas a su gravedad, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, como si han sido cometidas a título individual. De igual manera se regula el castigo en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y en su complicidad o participación, debiendo establecerse igualmente la oportuna responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos previamente enunciados. La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa (Bolaños, 2013).

El Protocolo también regula otras consecuencias jurídicas de los delitos mencionados en el artículo 3, a saber:

- a) incautar y confiscar los bienes materiales, activos y otros medios utilizados para cometer o facilitar la comisión de los delitos a que se refiere el Protocolo, así como las utilidades obtenidas de esos delitos;
- b) adoptar medidas para cerrar, temporal o definitivamente, los locales utilizados para cometer esos delitos.

Respecto a la jurisdicción penal, el artículo 4 del Protocolo establece que los Estados Parte adoptarán las disposiciones necesarias para hacer efectiva su ju-

jurisdicción con respecto a los delitos regulados por el Protocolo, cuando esos delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en dicho Estado. También concede jurisdicción a los Estados Parte respecto a los delitos regulados por el Protocolo en los casos en que el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio; o cuando la víctima sea nacional de ese Estado.

El Protocolo, en su artículo 6, también pide a los Estados Parte que presten toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos regulados en el Protocolo, en particular asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder.

5.1.4 Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Este Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000; y fue firmado por 117 Estados entrando en vigencia el 25 de diciembre de 2003, y para el 2013 cuenta con 158 Estados Parte.⁶ El Protocolo, en el artículo 3, establece un concepto común de trata de personas y pide a los Estados que tipifiquen y penalicen el delito en su legislación interna. Así, define a la trata de personas como: *“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*.

Sin embargo, la lista de propósitos dada por el Protocolo no es exhaustiva; por lo tanto, los Estados pueden incluir en sus legislaciones internas otras formas de explotación —entre estas la pornografía de personas menores de edad— que se adapten a sus realidades sociales y culturales (Bolaños, 2013).

⁶ El Salvador ratificó el Protocolo en fecha 18/03/2004 y España en fecha 01/03/2002. Para ver una lista actualizada de los Estados Parte *Ver* https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSDetails.aspx?src=UNTSO_NLINE&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en#Participants (última vista 06/01/14).

5.2 Regulación de la Organización de Estados Americanos

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) se han emitido varios instrumentos que instan a la regulación y penalización de la explotación de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en noviembre de 1969, regula en su artículo 6 la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, estableciendo que *“nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas; nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”*. Asimismo, el artículo 19 establece que todo niño y niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de personas menores de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Asimismo, la OEA cuenta con un instrumento más específico para la protección de niños y niñas. Dicho instrumento es la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la cual fue adoptada en México, D. F. en fecha 18 de marzo de 1994 y entró en vigor en agosto de 1997. El objeto de la Convención es la prevención y sanción del tráfico internacional de personas menores de edad, así como la regulación de sus aspectos civiles y penales; con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior de la persona menor de edad. En este sentido, los Estados Parte se obligan, entre otras cosas, a instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagren la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito.

La Convención también define al tráfico internacional de menores como *“la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”*. Los *“propósitos ilícitos”* incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual de la persona menor de edad o en el Estado Parte en el que la persona menor de edad se halle localizada; y los *“medios ilícitos”* incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado; la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla la persona menor de edad, o cualquier otro medio ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que la persona menor de edad se encuentre.

En el Capítulo II, que se refiere a los aspectos penales, se establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores de edad, así como las reglas de competencia para dicha sanción. En este sentido, declara que tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de personas menores de edad: el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; el Estado Parte de residencia habitual de la persona menor de edad; el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente, si este no fuere extraditado; y el Estado Parte en el que se hallare la persona menor de edad víctima de dicho tráfico. Sin embargo, tendrá preferencia el Estado Parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

No obstante las bondades de dicha Convención, esta solo cuenta con 15 ratificaciones de un total de 35 países pertenecientes a la OEA.⁷

5.2.1 Referencia sucinta a Estados Unidos de América.

Por la relevancia geopolítica y jurídica de los Estados Unidos de América, nuestra sucinta referencia comparatista no puede prescindir de una necesaria mención a su regulación de esta materia. Si bien la pornografía en Estados Unidos es legal hoy en día, recordemos que se trata de una materia que ha gestado en aquel país una controversia jurídica y social paradigmática. Basta recordar a tal efecto el caso *Miller vs. California* (1973), donde la Corte Suprema señala que la pornografía constituía una forma de libertad de expresión subsumible en lo preceptuado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

También la pornografía de menores suscitó una controversia jurídica digna de pronunciamiento por la Corte Suprema (*New York vs. Ferber*, 1982). En esta ocasión se estimó prudentemente que tales formas pornográficas no debían siquiera someterse a un juicio de moralidad sobre su indecencia, por cuanto conllevaban, con carácter general, el abuso de personas menores de edad (aspecto este que no es exacto, puesto que cabe la obtención subrepticia) (Boldova, 2010).

⁷ Mientras que México y Venezuela solo firmaron la Convención pero no la han ratificado. Listado de ratificaciones disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores_firmas.htm (última visita 12/11/2013).

La evolución legislativa ha sido convulsa. En una labor sintética, debemos señalar como hitos en la regulación los siguientes:

- 1) En 1996 se creó la llamada *Child Pornography Prevention Act*. Esta norma sin embargo, resultaba excesivamente amplia; tanto es así que su taxatividad implicaba la imposibilidad de expresión artística, por ejemplo, de adolescentes en un contexto erótico o sexual, que hacían que sus poseedores pudieran, hipotéticamente, ser responsables conforme aquella norma. Películas comerciales y muy conocidas, como *Traffic* o *American Beauty*, entre otras, ejemplos empleados por la Corte Suprema de los EE.UU (Ashcroft vs. Free Coalition Speech) para evidenciar ejemplos en los que la norma se extralimitaría hasta la punición de estas formas de expresión artística, a todas luces inocuas desde la óptica que nos ocupa.
- 2) Esta situación conduce a la declaración de inconstitucionalidad de tal norma por vulneración de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (Ashcroft vs. Free Coalition Speech), donde la libertad artística y de expresión se vio limitada por una norma con unos perfiles que no delimitaban de una manera adecuada la materia, sino que se inmiscuían en conceptos artísticos o de moralidad sexual colectiva no adecuados a la norma constitucional estadounidense.
- 3) Parte de esa norma pasó, no obstante, al Código federal de Estados Unidos, Título 18, Parte I, Capítulo 110, § 2252 A (confirmada por la Corte Suprema en 2008). Dicha norma castiga la elaboración, tráfico y posesión de pornografía de menores de edad, aun virtual o realista. Cualquier clase de pornografía de personas menores de edad resulta, por tanto, ilegal y castigada (con un elenco de penas extenso, en función de aspectos como la participación, el grado de comisión dolosa, el medio y demás factores que gradúan lo injusto en la norma norteamericana de entre un mínimo de 5 años y hasta un máximo de 40 años de prisión).
- 4) No obstante, debemos hacer constar la existencia de normativa estatal de los diversos estados federados. Por citar un ejemplo, reseñable por su extensa regulación, la del estado de Florida. No pudiendo abarcar en este estudio su análisis, nos remitimos al *Statute of Florida* nº 847.001 (inserto

en el título XLVI del Estatuto de Florida). En este se tratan ampliamente conductas principales como la pornografía infantil, el abuso y la agresión sexual a personas menores de edad, así como los actos de carácter preparatorio, en particular el *child grooming* -847.0135-.

5.3 Regulación en el Derecho europeo

Las respuestas jurídicas para un fenómeno criminal de naturaleza generalmente transnacional —con la ubicuidad que permiten los actuales medios comisivos— exigen un tratamiento jurídico normativo conjunto y universal, o al menos homologable, en sus aspectos esenciales en el marco del Derecho internacional respecto de la Unión Europea.

En relación con el estudio de la materia en el ámbito del Derecho Comunitario,⁸ debemos realizar una somera contextualización de los instrumentos y normas inspiradores de ámbito internacional —externos a la U. E.— que han ejercido notable influencia en esta materia.

En primer lugar, la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas, a raíz del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño (Resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000) conceptúa la pornografía infantil como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”. También, en este ámbito, resulta de especial relevancia la Resolución 1992/74 de la Comisión de Derechos Humanos, de 5 de marzo, por la que se aprueba el Programa de acción para la prevención de la venta de niños. Otro hito de relevancia capital en la unificación conceptual está constituido por el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Estocolmo (1996), del que nacerá un posicionamiento de los 122 Estados participantes respecto a diversos factores del tratamiento de la materia, si bien, muy relevante a nuestros efectos, un compromiso de revisión legislativa sobre el tratamiento penal para incidir en la represión de estas conductas (García C., 2010; Morillas, 2005).

⁸ El término “*Derecho Comunitario*” es empleado de una manera general tanto por los operadores jurídicos, la doctrina como por las propias administraciones públicas en el ámbito europeo para designar al conjunto de normas originarias y derivadas que forman el cuerpo normativo de la Unión Europea, que comprende no solo los Tratados Constitutivos como hitos esenciales o pilares, sino un rico entramado normativo cuyo estudio resulta capital para la comprensión de los términos que se emplean en este trabajo (Mangas, 2010).

Asimismo, son antecedentes inmediatos de enorme calado la Conferencia Internacional de Viena de 1999, para combatir la pornografía infantil; y, por su trascendencia en el tratamiento penal de los nuevos medios comisivos a través de las tecnologías de la información y la comunicación, el Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad de 2001, que conceptúa la pornografía infantil como todo material que contenga una representación visual de: “a) *un menor, comportándose de manera sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de manera sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de forma sexualmente explícita*”. Este tratamiento jurídico y la terminología acuñada a partir de aquel, como a continuación veremos, han dado lugar a las actuales tendencias legislativas. También cabe resaltar como norma programática el Convenio del Consejo de Europa de 2007, celebrado en Lanzarote (España), para la protección de los niños contra el abuso y la explotación sexual, que contiene relevantes pronunciamientos en materia de pornografía de menores de edad.

En el ámbito restrictamente comunitario destacamos el Preámbulo de la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, elaborada por la Comisión de las Comunidades Europeas, de 22 de diciembre del año 2000 (Consejo de la Unión Europea, 2000), en el que se plasma una preocupación más que incipiente ya en ese momento por la materia que nos atañe, advirtiendo la necesidad de una “*variedad de medidas que oscilen desde la rigurosa protección legal de todos los individuos, hasta medidas preventivas, pasando por medidas para garantizar la adecuada protección y asistencia a las víctimas*”. Se aduce la necesidad, además, de la búsqueda de un tratamiento jurídico que arbitre medidas omnicomprendivas de las diferentes etapas o estadios criminales que pudieren existir en esta materia, esto es, desde la eventual trata, distribución, captación, clientes potenciales, trasportistas, explotadores, etc.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos hacer constar que la preocupación de la Unión Europea nace anteriormente, y se plasma de una manera clara en la Acción Común, de 29 de noviembre de 1996 y de 24 de febrero de 1997, adoptadas por el Consejo, mencionando expresamente la materia de la explotación de sexual de los niños y niñas e imponiendo a los Estados miembros la obligación de revisión de sus legislaciones nacionales para la imposición de medidas penales. Fuera del ámbito de la Unión Europea, el Consejo de Europa ya practica en el año 1991 un intento de definición, hoy superado por la precisión y extensión empleadas en la normativa, pero

que indudablemente posee cierto valor como precedente, señalando a tal efecto que es pornografía infantil *“cualquier material audiovisual que utiliza a los niños en un contexto sexual”* (Consejo de Europa, 1991).

En esta misma tónica, y con un tenor similar, se expresa la Decisión del Consejo 2000/375/JAI, de 29 de mayo de ese mismo año 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, momento en que parece ya espolearse esta voluntad de tratamiento jurídico unitario de la problemática de la explotación sexual de las personas menores de edad, especialmente atendiendo a la pornografía, pero también advirtiendo conductas de cariz sexual de diversa intensidad y forma relacionadas con aquella.

No obstante, la norma fundamental y, por tanto, referencia básica en esta materia, a nuestro juicio, viene dada por la Decisión Marco 2004/68/JAI, por cuanto su influencia en el Derecho positivo de los Estados miembros ha resultado muy significativa, a la par que, a diferencia de los textos anteriormente señalados, su aproximación o profundización en el fenómeno concreto es mayor.

De esta norma, debemos poner el acento en los siguientes elementos:

- 1) Estipula de una manera clara cuáles son, desde la óptica europea, aquellas conductas susceptibles de ser calificadas penalmente como actos de explotación sexual de personas menores de edad.
- 2) Se refiere de una manera específica a la pornografía de menores de edad, realizada o no mediante artificios informáticos, señalando la reprochabilidad penal de las conductas de producción, distribución o difusión, pasando por la transmisión, hasta llegar a su ofrecimiento, facilitación por cualquier vía e incluso a la mera posesión material de este tipo de pornografía.

Estos conceptos, como ulteriormente se analizarán, han sido tomados por las diversas legislaciones con matices y singularidades, si bien, en el caso de España, la actual norma atiende con fidelidad a esta pauta punitiva.

- 3) Se hace hincapié también en la necesidad de que los Estados sancionen los actos en grado de tentativa, así como formas de autoría como la inducción. Ello se formula en la medida que no resulta azaroso advertir las razonables

diferencias en la formulación de la Teoría del Delito en los diversos Estados europeos, donde en alguno de ellos, por ejemplo, Alemania, rige un principio de excepcionalidad en el castigo de los actos ejecutivos en grado de tentativa, a diferencia del Derecho Penal español.

- 4) La Decisión ofrece además un marco temporal punitivo para las conductas, señalando la necesidad al menos de que se reprochen con una pena privativa de libertad de uno a tres años.
- 5) Señala la necesidad de tipos cualificados o agravados en función de una serie de circunstancias que aumentan la gravedad de lo injusto, sin que suponga, no obstante, un elenco en forma de *numerus clausus*, por cuanto los Estados miembros pueden implantar estas circunstancias a las que originariamente tuvieron formuladas en su Derecho propio.

Son circunstancias agravantes que la víctima sea un niño o niña que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual, según el Derecho nacional; que el autor haya puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño o niña; que la infracción se haya cometido empleando violencia grave contra el niño o niña o causándole un daño grave, o que la infracción se haya cometido en el seno de una organización criminal.

- 6) Propone la responsabilidad no solo de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas cuando las infracciones contempladas en la norma sean cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ocupe una posición de mando dentro de dicha persona jurídica. De este modo se busca una intervención global en el combate de la actividad delictiva, y, ciertamente, sobre todo en lo referente a la pornografía de personas menores de edad, actualmente no es desdeñable la responsabilidad de los titulares de las webs así como de las estructuras jurídicas ad hoc creadas para el fin ilícito.
- 7) Cuestiones de persecución procesal y atribución competencial: se estipula una competencia jurisdiccional del Estado miembro cuando el autor sea nacional de este Estado (personalidad activa); cuando se trate de un delito cometido en el Estado (territorialidad) o cuando se cometa el hecho, reper-

cutiendo efectos favorables en una persona jurídica que radique en dicho Estado miembro.

- 8) Obligación de asistencia a víctimas y familiares, en el sentido que se estipula en la Decisión Marco 2001/220/JAI.

La ulterior superación de esta norma se produce con la Directiva 2011/93/UE,⁹ de 13 de diciembre de 2011, cuya relevancia es capital, en la medida que en los últimos tiempos ha inspirado la regulación de la materia en los distintos países del ámbito europeo, y singularmente, está encontrando en España su trasposición en el Proyecto de reforma del Código Penal español [PRCP] de 2013.

Hemos de valorar su peso no solo desde el prisma sustantivo, como vamos de seguido a realizar, sino también desde su relevancia formal, ya que las Directivas comunitarias suponen una genuina obligación para los Estados miembros en su trasposición en un plazo determinado, a partir del cual se afirma incluso la directa aplicabilidad en lo referente a los derechos en ella contenidos, a la vez que se arbitran mecanismos coactivos en caso de incumplimiento de la obligación de adaptación de la normativa nacional a los designios del texto comunitario.

La norma —como no puede ser de otra forma por el tipo de instrumento empleado— tiene una vocación unificadora de criterios penales, tanto en cuanto a la definición de las estructuras delictivas como en el ámbito de las correspondientes sanciones penales, sin obviar medidas preventivas de los delitos y de protección para las víctimas —aspecto este último, el de la protección a la víctima, tratado en extenso en la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo— como se puede advertir en su artículo 1º.

En esta norma se procede a un tratamiento omnicomprensivo de las diversas formas de explotación sexual de las personas menores de edad, que abarcan el turismo sexual, los abusos sexuales, la prostitución, el *child grooming* y la pornografía de menores de edad, si bien la clasificación delictiva empleada por la Directiva es la siguiente: infracciones relacionadas con los abusos sexuales, infracciones relacionadas

⁹ Nótese que esta norma fue reenumerada en 21/01/2012 por un error [D.O. de la señalada fecha, L18/7]. Antes de la corrección fue promulgada como Directiva 2011/92/UE, y así aún aparece referenciada en algunos documentos y obras.

con la explotación sexual, infracciones relacionadas con la pornografía de menores de edad y, finalmente, embaucamiento de personas menores de edad con fines sexuales por medios tecnológicos.

En esta materia establecen una serie de definiciones mediante la creación de un elenco de modalidades típicas de pornografía cuyo análisis se practicará en el punto 4º del presente capítulo, ya que han sido íntegramente adoptados en el PRCP en España, y, por ende, entendemos más adecuado su valoración en aquel momento, si bien, de modo somero reproducimos en su tenor literal, ex art. 2.c de la Directiva 2011/93/UE:

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

ii) toda representación de los órganos sexuales de una persona menor de edad con fines principalmente sexuales,

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

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

En esta norma, no obstante, no solo se ofrece una definición legal de los términos, algo por otra parte habitual en la técnica legislativa moderna en el Derecho Público, sino que se estipula una serie de medidas muy concretas en materia de pornografía infantil en el art. 5, que podemos sintetizar del siguiente modo:

- Establecimiento de marcos penales mínimos (art. 5, apartados 2 a 6):
- Adquisición o posesión de pornografía infantil: penas privativas de libertad con duración máxima, al menos, de un año.
- Acceso a sabiendas mediante el empleo de las tecnologías de la infor-

mación y de la comunicación: penas privativas de libertad con duración máxima, al menos, de un año.

- Distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil: penas privativas de libertad con duración máxima, al menos, de dos años.
- Ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil: penas privativas de libertad con duración máxima, al menos, de dos años.
- Producción o elaboración: penas privativas de libertad con duración máxima, al menos, de tres años.
- Fijación de facultades potestativas de los Estados miembro para el castigo de los supuestos siguientes:
- Pornografía en la que se represente a un sujeto que parezca menor de edad (art. 2, c, iii), cuando la persona resulte efectivamente ser mayor de 18 años en el momento de obtenerse la imagen.

Esta corrección al adelantamiento de las barreras de protección penales entendemos no solo que es razonable, sino que resulta necesaria. El objeto del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos. En el caso de la pornografía de personas menores de edad son varios los bienes jurídicos en juego, encontrándonos ante un supuesto de confluencia de derechos subjetivos e intereses jurídicos dignos de tutela penal. Por una parte, en la producción nos encontramos con los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexuales de las personas menores de edad, a lo que habría que añadir como afectación consustancial a la producción de pornografía la propia intimidad de los menores de edad (en concreto, el derecho a la propia imagen).

En el *iter criminis* de la distribución hasta la mera posesión, la afección directa a la libertad e indemnidad sexuales se desdibuja, por cuanto estaremos, en todo caso, en una fase de agotamiento de la lesión del bien jurídico de aquella persona menor de edad concreta retratada en la escena pornográfica —ya que con la difusión no se sigue dañando su esfera sexual personal de una manera directa ni equivalente al momento de la producción en que tuvo lugar dicha afección—, quedando, eso sí, al descubierto la intimidad sexual de la persona menor de edad, lo que a su vez, y a lo sumo,

genera un peligro abstracto para la libertad o indemnidad sexuales de las personas menores de edad, en su conjunto, que en el futuro pudieran ser víctimas de la misma instrumentalización al existir un material pornográfico que lo propala y promueve. Esta idea es desarrollada por numerosos autores (Fernández J., 2006), siendo convincente con matices, puesto que podría llevar a una incorrecta focalización del bien jurídico, por resultar demasiado abstracto e hipotético.

Ante lo expuesto, cabe formularse: ¿qué efectiva lesión se produce cuando un sujeto mayor de edad, que aparenta ser menor de edad, es retratado o capturado en una pose o acto con ánimo de excitar sexualmente de forma objetiva o involucrar intensamente en un contexto sexual a quienes lo observen, o cuando es distribuida o poseída tal imagen? O, de otra forma, ¿debe ser punible la pornografía de adultos que parezcan niños? Esta clase de pornografía, que denominaremos a efectos dogmáticos *pseudo-pornografía*, goza de un tratamiento punitivo desigual en los distintos países europeos.

Por nuestra parte, rechazamos como tal el castigo de estas conductas en abstracto, máxime cuando de la dicción de la Directiva no se precisa si el parecido del adulto inmerso en la práctica sexual o contexto lúbrico (que se confunde con una persona menor de edad, pero no lo es) debe ser buscado de propósito o puede ser casual. Si se trata de un parecido buscado *ex profeso*, es decir, pornografía de adultos que simulan ser niños, mediante disfraces, o bien por sus condiciones físicas —adultos de escaso desarrollo de caracteres sexuales externos, por ejemplo—, estaremos ante el verdadero concepto de pseudopornografía, cuyo castigo rechazamos, por cuanto que se trata de un acto de expresión gráfica de dudoso o nulo gusto, pero que en forma alguna afecta a bienes jurídicos dignos de protección penal. De hacerlo, la afección tiene lugar de una manera meramente hipotética. Se trataría de un peligro remoto para la infancia, de forma general, en evitación de que sujetos con tendencias pedófilas pudieran transitar del mero pensamiento insano, en principio impune, a conductas sexuales externas y activas contra personas menores de edad, por lo que el recurso a la amenaza penal se torna inadecuado por falta de injusto material respecto de unas conductas criminológicamente residuales, cuya punición se orienta más a la prevención y a la peligrosidad criminal del sujeto sin vínculo con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de los menores de edad.

Si el parecido es meramente fortuito o simplemente obedece a cuestiones físicas o de imagen —genitales de apariencia prepuberal en un adulto, verbigracia—, se

encuentra fuera por completo del ámbito penal, por ser tan lícita como la pornografía de adultos de inequívoca mayoría de edad (suponiendo que en cada Estado la pornografía de adultos esté legalmente autorizada, en España; sí lo está). En suma, las imágenes sexuales de sujetos con edades limítrofes con la minoría, pero ya mayores de edad, constituyen en definitiva tan solo un subgénero del material pornográfico lícito.

- Pornografía realista (art. 2, c, iv), producida y poseída para exclusivo uso propio, en la que no se haya empleado en su elaboración persona menor de edad alguna (ni sujeto que simule serlo), cuando el acto no implique riesgo de difusión.

El comentario a este epígrafe lo desarrollaremos en el análisis del PRCP, por cuanto será una excepción que en el momento actual no contempla, paradójicamente, este Proyecto, que sí lo hace, sin embargo, respecto de la pornografía referida en el art. 2, c, iii) de la Directiva.

5.3.1 Tratamiento jurídico en el entorno europeo del delito de pornografía de personas menores de edad.

A pesar de encontrarnos ante una materia con una fuerte impronta en su tratamiento por inspirarse en el Derecho internacional y europeo, la adaptación de las legislaciones europeas nacionales en el aspecto jurídico-penal de la materia no es sincrónica, y por ello la aspiración homogeneizadora de la Directiva 2011/93/UE. Vamos a tratar someramente de analizar la actual situación legal en los países del entorno europeo de mayor calado y trascendencia, precisamente para advertir en la comparación elementos de interés.

5.3.1.1 Alemania.

El Strafgesetzbuch alemán dedica un exhaustivo tratamiento a la materia que nos atañe, a partir de las siguientes precisiones.

- 1) En primer lugar, respecto de las conductas propias de pornografía infantil y de pornografía juvenil.

En el derecho sustantivo criminal germánico se distingue entre la infancia y la juventud, como dos elementos conceptuales diferentes a la hora de definir el ámbito

de protección penal, y consecuentemente, el bien jurídico protegido en cada tipo. Así mismo, existe una diferenciación entre la elaboración, difusión, tráfico o posesión de pornografía infantil *versus* la pornografía juvenil respectivamente, §§ 184b y 184c.

Así, las personas menores de 14 años son infantes, y, como tales, se incluyen en el § 184b del Código Penal. Nos permitimos en el caso de este país, por su singular peso en la doctrina y legislación penal europea, realizar la transcripción íntegra del tipo delictivo:

“(1) Quien

- 1. distribuya,*
- 2. muestre públicamente, presente, exhiba o facilite el acceso o*
- 3. produzca, obtenga, suministre, almacene, ofrezca, anuncie, difunda o trate de importar o exportar materiales pornográficos “escritos” (§ 11.3.),¹⁰ que reproduzcan actividades sexuales desarrolladas por o en presencia de niños (§ 176.1) o copias derivadas de ellos, para su uso en el sentido de los números 1 y 2 o facilite semejante uso a otro será castigado con pena de prisión de tres meses a cinco años.*

(2) En la misma pena incurrirá quien trate de proporcionar a otro la posesión de material pornográfico infantil que reproduzca una actividad real o realista.

(3) En los casos de las subsecciones 1 y 2 la pena será de prisión de seis meses a diez años, si el delincuente actúa profesionalmente o como miembro de una organización formada con el propósito de la comisión continuada de estos delitos y tal pornografía infantil reproduce una actividad real o realista.

(4) Aquel que trate de hacerse con la posesión de pornografía infantil que reproduzca una actividad real o realista será castigado con prisión que no exceda de dos años o multa. Incurrirá en la misma pena quien posea materiales escritos de los señalados en la primera regla (véase de nuevo remisión al parágrafo 11.3).

(5) Las subsecciones 2 y 4 no serán de aplicación a los actos que sirvan exclusivamente para el cumplimiento de funciones oficiales o de deberes profesionales.

10 Literalmente señala: “(3) *Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen*”. En este sentido, podemos traducirlo indicando que, a los efectos del Código Penal alemán, “medios audiovisuales, medios de almacenamiento de datos, ilustraciones y otras representaciones serán equivalentes al material escrito en las disposiciones en las que se haga referencia a este apartado”.

(6) En los casos de la subsección 3 será aplicable lo dispuesto en el párrafo 73d (confiscación). Los objetos con los que se hayan perpetrado los delitos de las subsecciones 2 y 4 serán decomisados. La sección 74a será aplicable”.

El precepto de la pornografía juvenil —§ 184c—, huelga en su transcripción, puesto que la esfera típica es muy similar, con la salvedad de referirse al marco temporal entre los 14 a 18 años.

Sucintamente, debemos señalar cómo ambos preceptos buscan una descripción exhaustiva y omnicomprendensiva de las conductas de pornografía de menores, en la forma de delito de simple actividad, castigando todas las fases de tratamiento de la información y datos pornográficos, desde la conducta de producción del material, pasando por cualquier forma de difusión y tráfico hasta su posesión o el mero intento a su acceso.

En este sentido, llama la atención el hecho de que, por la propia técnica legislativa del StGB, los marcos penales son no excesivamente rigurosos en la punición —salvo el epígrafe 3º sobre las organizaciones criminales—, ofreciendo además al juzgador una facultad de valoración amplia al equiparar las diferentes conductas en el mismo marco (tráfico, almacenamiento, producción, anuncio, etc.).

Este es, a nuestro juicio, un elemento discutible, por cuanto equipara penológicamente conductas de diversa gravedad en su contenido de injusto, habiéndose tenido en cuenta exclusivamente las necesidades preventivo-generales. En todo caso, supone elevar a la categoría de autoría algunas conductas que podrían situarse más bien en el ámbito de la participación (almacenamiento de material, anuncio del mismo, etc.).

Es decir, tratando de una forma equivalente desde la óptica punitiva el tráfico y las conductas de colaboración con el tráfico, así como la producción o posesión de pornografía infantil o juvenil real en relación con la meramente realista (no real y en la que no participa ninguna persona menor de edad; simplemente una simulación confundible con la realidad a través de imágenes digitalmente desarrolladas, por ejemplo), difícilmente el sujeto con verdadera peligrosidad criminal por sufrir un trastorno sexual de pedofilia va a verse satisfecho en su ánimo libidinoso mediante una imagen virtual, pudiendo, con el mismo riesgo de sanción, verse saciado en su deseo por la elaboración o posesión de pornografía real de personas menores de edad en un contexto de sexualidad activa. Pero este reproche es predicable no solo de la legislación alemana,

sino que en general resulta achacable a todas las legislaciones penales nacionales, que se han imbuido de la extensa normativa internacional, y que ofrece una respuesta de *tabula rasa* respecto de conductas de discutible equivalencia objetiva sin apenas margen de juego.

Un elemento cuestionable también resulta, a nuestro entender, lo preceptuado en la subsección 4, cuando se castiga la tentativa de obtener la posesión de pornografía infantil (o juvenil, en el § 184c [2]). A nuestro entender, supone una exacerbación de la esfera punitiva del Derecho Penal, por cuanto castiga como un acto dentro de la esfera ejecutiva con la misma pena e intensidad que la posesión de pornografía la intención de adquirir o acceder a la posesión.

La posesión de pornografía infantil o juvenil supone una lesión al bien jurídico, practicado en puridad en un momento pretérito, que se perpetúa o reaviva en cierta forma en cuanto la posesión proviene por lo general de un tráfico previo, y, como tal, es una cadena que debe ser erradicada. Pero, aun admitiendo la subsistencia de bienes jurídicos dignos de tutela penal, el castigo de la tentativa de posesión resulta excesivo, atendiendo al propio criterio restrictivo del StGB en su castigo, solo cuando la Ley lo prevea singularmente,¹¹ y, en todo caso, al principio de intervención mínima del Derecho Penal, que exige una limitación absoluta del empleo exacerbado de las prohibiciones penales, reservándolas exclusivamente para aquellos casos en los que no pueda abordarse la protección a través de otro sector del ordenamiento jurídico (por ejemplo, mediante Derecho administrativo sancionador, atendiendo al singular carácter inicial de la conducta y la escasa afección real a bienes jurídicos producida con la tentativa). No obstante, también debemos señalar que, salvo para aquellos autores defensores de la teoría formal objetiva, se acepta por la doctrina penalista la tentativa en los delitos de simple actividad (Zaffaroni, 2002).

Por otro lado, el reproche penal de quien intenta poseer pornografía de personas menores de edad resulta, a nuestro juicio, poco o nada apropiado para la verdadera finalidad protectora, pues, si se trata de un supuesto de error (redireccionamiento involuntario), la punición no procede en ausencia de dolo, y, si verdaderamente se exterioriza una voluntad posesoria consciente, ello tan solo estaría revelando un posible elemento prodrómico de un trastorno sexual (al margen de supuestos de mera

11 Véase § 23.1 StGB, cuando señala “*Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt*”. (El intento de un delito siempre es castigado por la ley, se enjuiciará por un delito solo si la ley lo prevé expresamente).

curiosidad), para el que la reprensión penal estricta resulta criminológicamente insatisfactoria, pues lo normal será que el sujeto la obtenga efectivamente y, en tal caso, el tipo devenga residual.

5.3.1.2 Reino Unido.

Reino Unido ha sido siempre en la materia de la protección penal frente a los delitos sexuales, una referencia insoslayable. De hecho, la legislación británica arranca ya en 1978 en su protección y tipificación de la pornografía de menores de edad, a partir de la llamada *Protection of Children Act* de 1978 (*Chapter 37*). La rúbrica de la ley expresa la voluntad de la norma en prohibir la realización de fotografías indecentes a personas menores de edad, penalizar su distribución, exhibición y publicitación.¹² Los verbos típicos son los empleados en todas las legislaciones europeas (tráfico, posesión, distribución, elaboración, etc.) con personas menores de 18 años, aspecto este implantado por la *Sexual Offences Act* de 2003.

El primer problema con el que nos encontramos en esta norma es que no contiene definición de lo “indecente”. En este sentido, y atendiendo al concreto carácter realista del sistema de Common Law, será un criterio valorativo del propio Tribunal o del Jurado en cuestión, no existiendo parámetros de interpretación auténtica, aspecto este que —unido a lo arcaizante de la expresión “indecente”— añade una fuerte carga de moralidad a la delimitación conceptual, desubicada en el moderno Derecho Penal europeo, el cual protege bienes jurídicos y sanciona las lesiones o puesta en peligro de estos, pero no las lesiones o puesta en peligro de meras concepciones morales (de un sector, aunque sea mayoritario, de la sociedad).

En este sentido, sobre lo indecente, en sentencia *Regina vs. Stamford* (1972) de la Corte de Apelación británica, se puede advertir la remisión a los criterios valorativos de los *standarts of propriety* en esta materia, reflexionando sobre los precedentes de lo “indecente y lo obsceno” en la tradición jurídico-penal británica, a propósito de la interpretación conceptual de lo señalado en la *Post Office Act* de 1953.

¹² Ilustrativamente: (a) *to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child; or (b) to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs; or (c) to have in his possession such indecent photographs or pseudo-photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or (d) to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs or pseudo-photographs or intends to do so.*

Más allá de esta cuestión inicial, entrando propiamente en el análisis típico, la legislación británica acude a la sanción de la pornografía real (habla de fotografía o película, grabación), así como de la pseudofotografía —elemento este insertado en la legislación en 1994, por la *Criminal Justice and Public Order Act*—, concepto al que se dota de definición auténtica. Se considera como tal aquella imagen creada por medios técnicos que parezca ser una fotografía.

En este concepto podría incluirse tanto la pornografía realista (aquella en la que no interviene persona menor de edad alguna, sino que por medios tecnológicos se simula fidedignamente una imagen sexual de una persona menor de edad inexistente) como la pornografía virtual (entiendo por tal concepto aquella que se realiza por medios técnicos, en las que interviene de forma colateral una persona menor de edad, por cuanto se emplea su voz o imagen descontextualizada para insertarla en una acción o exhibición sexual), de forma que, con carácter global, se pueda predicar que la impresión predominante sea la de encontrarse ante la contemplación de pornografía de personas menores de edad, incluso aunque alguna de sus características físicas sea propiamente de adulto.

A modo ilustrativo, pensemos en fotografías de menores de edad que, debidamente tratadas con programas de imagen, son seleccionadas partes de su anatomía (su rostro, por ejemplo) y practicada una suerte de composición gráfica, simulando un coito o una masturbación, aun sin intervención real de la persona menor de edad en tal situación, por no haberse producido nunca (ser mera composición concatenada de imágenes), como por haberse producido con diferentes intervinientes (otras personas menores de edad, adultos, jóvenes).

Ello se ve ampliado por la modificación incluida por la *Criminal Justice and Immigration Act* de 2008, que viene a intentar perfilar aún más si cabe el concepto cuando señala que la naturaleza de la imagen puede encontrar su origen en medios electrónicos o de cualquier otro tipo, castigándose aquello que no es una fotografía ni una pseudo-fotografía (parece que se inclina, ahora sí, por diferenciar lo real, lo virtual y lo realista, aunque no de forma literal).

La norma, sin embargo, da un paso más al incluir en la definición aquellos parámetros informáticos almacenados en el disco del ordenador (entendemos disco duro) o en cualquier soporte susceptible de convertirse en imagen. Esta afirmación

merece una somera reflexión, por cuanto no se castiga propiamente la imagen en sí, sino parece deducirse una sanción para aquellos elementos informáticos que puedan ser empleados para la génesis de imágenes pornográficas de menores. Se trata de datos que se puedan convertir en imagen, lo que indica que propiamente no son imágenes ni audios en sí. Esta ampliación va más allá de lo que se tipifica generalmente como pornografía, puesto que sanciona aquellos elementos susceptibles de su producción virtual en una fase anterior a la ejecución.

La punición hasta este extremo nos resulta también desmesurada por varias razones, algunas ya meritadas anteriormente, pero esencialmente porque en la posesión de archivos informáticos —no así en su producción— la acción del poseedor puede haber sido meramente fortuita (descargarse un archivo contaminado, por ejemplo), o incluso haber desarrollado estos artificios informáticos sin ánimo real de producir o recrear imágenes de contenido sexual de menores, ejemplo este que ocurre, *mutatis mutandis*, con ciertos hackers que crean miles de virus y apenas mandan alguno, o incluso infectan ordenadores sin que los propios usuarios se sepan poseedores de tal virus. Así, entendemos que, tratándose de elementos tan iniciales de un más que cuestionable *iter criminis*, el adelantamiento hasta este punto de las barreras punitivas supone un juicio de tendencia personal o manifestación de Derecho Penal del enemigo, idea acuñada y postulada por Jakobs (2003). Evidentemente, tal tendencia del Derecho Penal europeo hacia el concepto del referido autor —el *Feindstrafrecht* encuentra cierto anclaje conceptual en el más antiguo concepto del Derecho Penal de Autor— no puede ser obviada, si bien nuestra posición no es proselitista del tal concepto como modelo inspirador, sino precisamente crítica hacia tal postulado que desnaturaliza la idea del “Derecho Penal del acto”, única adecuada no solo respecto de los estándares constitucionales españoles y salvadoreños, sino de cualquier Estado democrático de Derecho, respetuoso con los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En cuanto al marco punitivo, diferencia la norma sustantiva criminal entre los diversos procesos de cognición, si bien se fija como marco penal máximo 10 años de prisión, así como responsabilidad penal pecuniaria como pena principal o accesoria, según el caso.

5.3.1.3 Francia.

El Código Penal francés atiende a esta materia en el marco “De la puesta en peligro de menores”, y lo hace de una manera singular. En su artículo 227-23¹³ castiga a aquel que, con ánimo de difundir, registre o transmita la imagen de una persona menor de edad o su representación, cuando está presente un carácter pornográfico, con una pena de 5 años de prisión y 75.000 € de multa. En este sentido, sujeto pasivo puede ser cualquier persona menor de edad, siempre que esté presente el ánimo de difusión. La novedad radica en la previsión del castigo con la misma pena para aquel que desarrolle las indicadas conductas respecto de menores de 15 años, aun sin ánimo de difundirlas.

También se equiparan punitivamente todas las conductas de tráfico y exportación-importación de las imágenes pornográficas, como actos de propagación del daño a los bienes jurídicos en liza.

La pena se ve cualificada cuando se trate de la difusión por medios electrónicos, a un público no determinado, de la imagen de la persona menor de edad a través de recursos electrónicos (esto es, publicidad en *websites* o blogs, esencialmente) con penas de 7 años de prisión y multa de 100.000 €.

Se crea un tipo autónomo para sancionar la consulta habitual de medios electrónicos en línea públicos o en los que se realicen pagos por visión (webs de pago) de contenido pornográfico de personas menores de edad, poniendo a disposición tales imágenes pornográficas, o representaciones de aquellas, o adquirir o poseer tal imagen o representación por cualquier medio. Dichas conductas son sancionadas con pena de 2 años y 30.000 € de multa.

Se prevé, por último, la comisión en grado de tentativa, no aplicándosele ninguna reducción, y se castigará de forma equivalente a la consumación de la ejecución.

5.3.1.4 Italia.

El Código Penal italiano se ve modificado a raíz del Convenio de Lanzarote de 2007 (cfr. Epígrafe I), por una Ley de 2012, nº 172, que introduce variaciones a lo largo de todo el capítulo de delitos contra la libertad individual, esencialmente.

13 Nótese la modificación practicada por la LOI 2013-711, de 5 de agosto de 2013, artículo 5, que traspone la Directiva 2011/93/UE, ya analizada, que practica, no obstante, escasas modificaciones sobre el texto previo.

El artículo 600-ter aborda la materia esencial de la pornografía de personas menores de edad. Se castiga con penas de 6 a 12 años de prisión y multa de 24.000 a 240.000 € la realización de exhibiciones o espectáculos pornográficos con personas menores de 18 años —lo que es una forma de corrupción de menores, no tanto de pornografía, que se reitera en varias ocasiones en este precepto—, así como la producción de material pornográfico de aquellos. También se pena de la misma forma al que comercia —con ánimo de lucro— con el material pornográfico y al que recluta o induce a menores a participar en dichas exhibiciones o espectáculos o de otro modo se beneficia de ellos.

Fuera de las hipótesis anteriores (corrupción enfocada a la práctica de espectáculos pornográficos y comercialización), la distribución, divulgación y difusión o publicitación de material pornográfico, o la distribución, divulgación o difusión de noticias o información dirigidas al embaucamiento de menores de 18 años o la explotación de estos, se castigará con pena de uno a cinco años de prisión y multa de 2.582 a 51.645 €.

Por exclusión de las anteriores conductas, la cesión u ofrecimiento gratuito del material pornográfico (cuando la conducta no fuere subsumible en los anteriores párrafos, siguiendo la técnica legislativa italiana), será castigado con pena de prisión de hasta 3 años y multa de 1.549 a 5.164 €.

Se prevé una agravación de un tercio de la pena de los supuestos de los dos párrafos precedentes en la medida en que el material sea de “considerable cantidad”. A modo ejemplificativo de este concepto, nótese Sentencia de 6 de julio de 2010, del Tribunale per il Riesame di Venezia (Italia), que aprecia la circunstancia agravante por la incautación de 175 DVD con pornografía de menores, cuyo criterio interpretativo fue confirmado *ex post* por la Corte de Casación italiana.

La mera asistencia a espectáculos pornográficos de personas menores de edad es punible por sí misma, sin perjuicio de que se señale esta responsabilidad como subsidiaria, en defecto de reproche de superior por cometerse cualquiera de los hechos anteriormente descritos. En este singular caso, se penará con prisión hasta tres años y con la multa de 1.500 a 6.000 €.

Asimismo, el precepto ofrece una definición auténtica de pornografía de menores de edad, entendiéndose como tal *“toda representación, con cualquier medio, de una persona menor de dieciocho años implicada en actividades sexuales explícitas,*

reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de una persona menor de dieciocho años con fines sexuales”.

La posesión también se castiga (art. 600 quater), fuera de lo previsto en el artículo que acabamos de comentar *ut supra*, con pena de prisión de hasta 3 años y multa no inferior a 1.549 €, encontrando una agravante específica de considerable cantidad que, en caso de su apreciación, supone la elevación de la pena en un tercio.

Por último, el 600-quater.1 del *Codice Penale* matiza los preceptos comentados hasta el momento, por cuanto recuerda que se castiga de forma equivalente tanto la pornografía real como la virtual manipulada. La dicción del tipo, no obstante, no atiende especialmente a la pornografía realista. En este sentido, y aunque el Proyecto de Ley que dio lugar a la modificación reconoce expresamente incluido dentro del tipo la pornografía realista (Parlamento Italiano, 2004, pág. 2), empleando el término *realistiche*, la doctrina (Cadoppi, Canestrari, Manna, & Papa, 2010) aboga por su no inclusión, por cuanto el Código Penal italiano actualmente no recoge el término, siendo una exclusión voluntaria del legislador italiano.

6. Las tecnologías de la información y la comunicación como medios de comisión de la pornografía de personas menores de edad

En los últimos años, la sociedad en general ha experimentado una revolución en el desarrollo de la ciencia y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), lo cual ha facilitado el desarrollo de diversas actividades en pro del bienestar social. Lamentablemente, estas tecnologías también han sido utilizadas para la ejecución de delitos, y, en concreto, se ha utilizado a la informática como medio para la consumación de delitos, o como objeto de efectivización de una conducta disvaliosa (Rincón & Naranjo, 2012), a tal punto que se ha llegado a afirmar que el número de delitos virtuales es muy superior al de delitos reales (Urbano, 2009).

En esta línea, los delitos relacionados con la pornografía de personas menores de edad, a pesar de no ser un fenómeno propiamente informático, están cada vez más vinculado al uso de las TIC, llegándose a afirmar que en la actualidad la mayoría de los comportamientos vinculados con la pornografía de menores se realizan principalmente a través de Internet (Luca & López, 2009; Rosa, 2011). Y es que el hecho de que el Internet es un sistema de intercomunicación global que permite acceder desde cualquier sitio a la información sin límites ni obstáculos lingüísticos (Aboso & Zapata,

2006), ha revolucionado el mercado de la pornografía de personas menores de edad hasta “prácticamente monopolizarlo”, como consecuencia de las ventajas que proporciona a los usuarios (Miró, 2012, págs. 107-108). Así, la facilidad para descargarse archivos, los bajos costos económicos, la facilidad de comunicarse con un gran número de internautas, con la consiguiente facilitación de los intercambios, y las posibilidades de permanecer en el anonimato, son algunas de las ventajas que hacen de la Internet el medio idóneo para cometer este tipo de delitos (Fiscalía General del Estado, 2006; Morales F., 2002; Rojo, 2002).

Esta utilización de Internet como medio comisivo de delitos relacionados con pornografía de personas menores de edad ha pasado por varias fases. En este sentido, en un primer momento durante la década de los noventa, se empleaban páginas web alojadas en servidores de Internet en las que se ponía material pornográfico infantil a disposición de los usuarios a través de pagos por medio de tarjeta de crédito. De este modo, en esa época la creación de una página de contenido pornográfico infantil podía realizarse fácilmente, resultando sencillo encubrir la oferta de este tipo de pornografía con informaciones falsas sobre adopciones, ofertas de empleo, etc. (Morillas, 2005; Rojo, 2002).

A medida que se intensificó la persecución de personas que compraban y vendían pornografía de personas menores de edad a través de páginas web, se fue abandonando esta modalidad para comenzar a utilizar los chats desarrollados en tiempo real, los grupos de noticias y foros. Estas modalidades permiten a los pedófilos ponerse de acuerdo para intercambiarse pornografía de menores de edad, ya sea a través de envíos al correo electrónico, por la compra directa en una página web o por la descarga de archivos; contando con la ventaja de la privacidad que estos medios ofrecen a los usuarios, dificultando que se les detecte y persiga por este tipo de conductas (Rojo, 2002; Morales, 2002).

En un tercer momento, ante las investigaciones realizadas por agentes encubiertos en las salas de chat, los consumidores comienzan a asociarse sin ánimo de lucro y se comparten fotografías de pornografía de personas menores de edad a través de técnicas de intercambio de fórmulas como *send to receive*, o con personas que se encuentren conectadas a la Red utilizando un mismo programa. Así, los usuarios de los programas de archivos compartido ponen en común su material pornográfico con otros usuarios sin necesidad de entablar contacto directo (Wortley & Smallbone, 2012).

En ese sentido, se hace referencia a dos tipos de protocolo: el Protocolo Peer-to-Peer (P2P) y el Protocolo de Tranferencia de Ficheros (FTP). El P2P (de igual a igual), permite que los servidores posean una descripción de los archivos de las computadoras conectadas a él, facilitando de esta manera la distribución de pornografía de personas menores de edad. Mientras que el FTP es más antiguo y, por lo tanto, menos usado para la propagación de este tipo de pornografía, ya que no cuenta con buscadores que permitan saber qué computadoras actúan como servidores FTP, aunque sí que existen páginas web que proporcionan listas de servidores con una descripción general de los archivos almacenados.

Toda esta evolución de la Internet y su utilización para cometer delitos relacionados con pornografía de personas menores de edad ha significado un aumento notable en las estadísticas referidas a esta actividad delictiva (De Luca & López, 2009). En este sentido, el estudio realizado por Carr (2003) evidencia el incremento de delitos investigados sobre pornografía de menores de edad a medida que evolucionaba el uso de la Internet. Así, mientras que en 1995 —último año antes de que Internet despegara definitivamente en el Reino Unido— la Unidad de Policía de Manchester decomisó 12 imágenes de pornografía infantil en papel o video; en 1999 la misma Unidad interceptó 41.000 imágenes de la misma naturaleza, las cuales mayoritariamente habían sido obtenidas por Internet. De igual manera, este estudio apunta que, en diciembre de 2003, un sola persona fue condenada por poseer un aproximado de 450.000 imágenes de pornografía infantil, superando el récord de 250.000 imágenes de este tipo, establecido a principios de ese año (Carr, 2003, pág. 11).

Las ventajas que proporciona Internet para la comisión de los delitos relacionados con la pornografía de personas menores de edad se convierten en limitaciones para los agentes y aplicadores de la ley (Rojo, 2002), sobre todo por la dificultad que representa el perseguir este delito cuando es realizado de manera transnacional, debido a la deslocalización en cada una de las fases del proceso delictivo (Morillas, 2005). En este sentido, esta conducta delictiva se ha convertido en un reto para la ciencia jurídico-penal, pues debe dar una respuesta efectiva para contrarrestar el aprovechamiento de las TIC para dañar bienes jurídicos. Así, estas tecnologías deben asistir al derecho para combatir la impunidad (Rincón & Naranjo, 2012). Huelga aclarar que la regulación jurídico-penal de la pornografía de personas menores de edad por Internet debe acompañarse de una política criminal adecuada, que sustente filosóficamente la norma jurídica, y que integre a las políticas sociales, de desarrollo y de Estado, a

fin de afrontar las necesidades y los retos de la sociedad de la información (Rincón & Naranjo, 2012).

Esta nueva tendencia del uso de las TIC para cometer delitos ha dado lugar al surgimiento de lo que la doctrina ha denominado como delitos informáticos, entendidos estos como los cometidos a través del ciberespacio desde cualquier lugar y contra cualquier usuario de computadoras en el mundo (Aboso & Zapata, 2006; Rincón & Naranjo, 2012).

No obstante, para Aboso & Zapata (2006), el empleo del término “*delitos informáticos*” impone un auténtico desafío, al tratar de definir el objeto propio de esta moderna clasificación, para lo cual —añaden— existen dos senderos posibles para recorrer. En primer lugar, se puede indagar sobre la existencia o no de un nuevo interés social que demanda una urgente protección jurídica, debido a que el avance tecnológico de Internet y la informática aportan necesidades propias para el derecho penal, que ahora tienen ante sí un nuevo interés social digno de protección: la información y su transmisión a través de los sistemas telemáticos.

Una segunda opción, opuesta diametralmente a la primera, es negar la necesidad normativa de regular el uso abusivo de los elementos y datos informáticos dado que, en el fondo, esta una nueva forma carece de tutela jurídica de bienes jurídicos ya conocidos por todos. De forma similar se expresa Rincón & Naranjo (2012), págs. 52-53, afirmando que al hacer referencia al delito informático los múltiples posibles bienes jurídicos ya se encuentran en su mayoría protegidos y contenidos en códigos penales o leyes especiales, ya que “*al perpetrarse el delito a través del uso de medios informáticos no se está sino en presencia de un nuevo método comisivo del delito y no como erróneamente se piensa de un nuevo delito que para que lo sea debe estar correctamente tipificado*”.

Por lo tanto —concluyen—, para la persecución penal de los delitos informáticos, debe realizarse una correcta interpretación de la ley penal y de la toma de conciencia por parte de los jueces de que solo nos encontramos ante nuevos métodos, pero en ningún caso estaremos ante nuevos delitos, pues siempre se lesiona el mismo bien jurídico protegido, independientemente del medio utilizado.

Consecuentemente, Rincón & Naranjo (2012), proponen diferenciar entre el delito informático y el delito electrónico. Así, delitos informáticos son todos aquellos en los cuales el sujeto activo lesiona un bien jurídico que puede o no estar protegido

por la legislación vigente y que pueden ser de diverso tipo, cometidos a través de la utilización indebida de medios informáticos. Mientras que el delito electrónico es una especie del género de delitos informáticos en los cuales el autor produce un daño o intromisión no autorizada en equipos electrónicos ajenos y que generalmente no se encuentran legislados, pero que poseen como bien jurídico tutelado en forma específica la integridad de los equipos electrónicos y la intimidad de sus propietarios.

Mientras que el Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa reconoce tres grupos de delitos: 1) los relacionados con técnicas y modos de proceder informáticos, ilícitos; 2) los delitos informáticos, *stricto sensu* y 3) los delitos relacionados con el contenido. En el primer grupo se encuentran los delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. En el segundo grupo se comprenderían a los delitos de falsificación informática y fraude informático; y el tercer grupo abarcaría a los delitos de pornografía de menores de edad, contra la propiedad intelectual y de los derechos afines.

Entonces, con base en esta clasificación, para Urbano (2010) delitos informáticos son aquellos que se tipifican como tales por atacar sistemas o datos informáticos ajenos o por afectar a determinados contenidos especialmente aptos para ser vulnerados por las nuevas tecnologías.

En nuestra opinión, con respecto a los delitos vinculados con la pornografía de personas menores de edad, este delito protege un determinado bien jurídico, tema sobre el cual nos manifestaremos *infra*, y en la mayoría de las ocasiones se vale de las TIC y de la información como medio comisivo. Por lo tanto, no estamos ante un nuevo tipo de delito, sino ante un nuevo medio comisivo.

6.1. La prueba técnico-científica

En los delitos vinculados con la pornografía de menores, cobra gran importancia la aplicación de métodos científicos y procesos de laboratorio para establecer la realidad de la conducta delictiva en su integridad y, consecuentemente, hacer justicia. Y es que en este “nuevo mundo” de las TIC, dada las especificidades que plantea, exige un uso de la técnica y la ciencia en armonía con la regulación penal y procesal penal, a fin de reconstruir la conducta vinculada con pornografía de personas menores de edad que conllevará a una correcta adecuación típica (Morales G., 2010; Urbano, 2009).

Así, durante los procesos de investigación, las autoridades competentes obtienen datos informáticos tales como archivos de registro que muestran qué usuario estaba conectado a la computadora, el tiempo de duración de la sesión, registros de cuándo un equipo se conecta a Internet, las entradas del historial del navegador, los registros de correo electrónico y chat, entre otros; tales datos podrían convertirse en pruebas delictivas, y, por lo tanto, necesitan ser recuperados y autenticados para poder utilizarlos posteriormente en los procesos penales, lo cual se dificulta debido a la volatilidad y facilidad de manipulación, falsificación, protección tecnológica o eliminación de los datos electrónicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001; Wortley & Smallbone, 2006).

Por esta razón, este tipo de pruebas deben ser realizadas por forenses informáticos, quienes desarrollan y utilizan protocolos y procedimientos científicos para investigar los datos informáticos y para analizar y mantener la autenticidad de los datos recuperados y, consecuentemente, mantener la garantía de la objetividad de la prueba al momento de ser valorada dentro del proceso penal (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001; Urbano, 2009). En este sentido, la pericia informática aporta nuevos medios probatorios y se vuelve prácticamente imprescindible para evitar que, en los casos en que se hace uso de las TIC para cometer delitos, su valoración no quede exclusivamente al conocimiento privado del juez. Por lo tanto, se vuelve indispensable la práctica de peritajes informáticos cuando nos encontremos ante delitos cometidos por medio de las TIC, teniendo en cuenta la necesidad de que los resultados y conclusiones de dichos peritajes se presenten en un lenguaje expositivo de máxima claridad para asegurar la objetividad y transparencia en su valoración. Asimismo, la pericia informática contribuye en el control de la licitud de la actuación de los investigadores, pues garantiza la imparcialidad de los resultados de las diligencias de investigación (Ribas, 2006; Urbano, 2009).

En esta línea, dado que la valoración de la prueba técnico-científica tiene que guardar un estricto respeto a las reglas y principios científicos, y así alejarla de valoraciones arbitrarias, es necesario que los jueces conozcan estos principios fundamentales de las ciencias y técnicas relacionadas con las TIC, a fin de realizar una auténtica y correcta valoración de los medios de pruebas obtenidos a través de métodos técnicos científicos para reconstruir la conducta delictiva (Morales G., 2010; Urbano, 2009).

En cuanto al sistema que se debe utilizar para valorar este tipo de peritajes, Morales G. (2010) establece que su apreciación debe ser técnico-científica, ya que en

este sistema cada medio probatorio tiene su específico método de valoración; pero, además, la prueba no es considerada y apreciada solamente de manera aislada, sino intrasistemáticamente, lo que conduce a un conocimiento cierto y categorizado más allá de toda duda razonable.

Consecuentemente —añade el autor— para lograr la congruencia en la estructuración del sistema de investigación técnico-científica se debe prescindir del sistema de la sana crítica como medio de valoración probatoria, ya que *“uno no cabe dentro del otro, pues cada cual está caracterizado con elementos racionales y prácticos propios, que por ello se genera, para cada uno, precisa identidad”* (Morales G., 2010, pág. 19). No obstante, para Urbano (2009), si puede utilizarse el sistema de la sana crítica al valorar este tipo de pruebas, el cual entra en juego una vez que un experto ha explicado de modo suficiente, los aspectos tecnológicos implicados en un determinado asunto.

A pesar de estas diferencias en cuanto al sistema de valoración de la prueba informática, es indiscutible que los juzgadores deben tener un conocimiento sobre la pericia informática, de manera que estén en condiciones de valorar estas cuestiones de forma satisfactoria, y garantizar así la independencia y libertad de su criterio como juzgadores (Urbano, 2009). Por lo tanto, el juez debe llevar a cabo una valoración racional, atribuyéndole a la prueba científica un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal; y para ello ha de tener en cuenta: el valor estadístico de la prueba; la existencia de otras pruebas o indicios; y, sobre todo, la relación de la prueba con el hecho principal que se pretende probar (Sociedad Farmacéuticos Salvadoreños vs. Alfaro, 2010).

Consecuentemente, para garantizar una correcta valoración de la prueba científica de parte del Juez, los peritos deben presentar el resultado de las pericias de forma que puedan ser correctamente interpretadas por el Juez; y el juez como garante de un debido proceso tiene la obligación judicial de exteriorizar la fundamentación suficiente con relación en la prueba científica, que permita conocer si se ha respetado o no la garantía del adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional (Sociedad Farmacéuticos Salvadoreños vs. Alfaro, 2010).

6.1.1 Rastreo en la Red.

La utilización del Internet para ejecutar actividades vinculadas con la utilización de niños, niñas y adolescentes en pornografía presenta especiales dificultades, dado a los múltiples recursos tecnológicos existentes que permiten el anonimato de los autores de estas conductas delictivas. En este sentido, los investigadores policiales realizan rastreos en la Red para conocer las IP mediante las que se ha accedido a archivos con contenido de pornografía de personas menores de edad. Las IP son claves de acceso imprescindibles que los proveedores de servicios de Internet asignan a cada computadora en el momento en el que se conecta a la Red, para identificar de forma precisa desde dónde se produce la conexión. La IP es necesaria para poder navegar por Internet, no pudiendo ocultarse ni modificarse, y, por lo tanto, se convierte en un dato clave en la investigación acerca de delitos de pornografía de menores cometidos mediante Internet (Rosa, 2011).

Las IP pueden ser a su vez IP estáticas y dinámicas. Las IP estáticas conservan su número de identificación constante y son utilizadas por aquellos usuarios que necesitan ser identificados con una misma dirección IP para disponer de una página web, servidores de correo, DNS y FTP públicos. Mientras que en la IP dinámica, debido al limitado número de direcciones IP, así como para evitar accesos no consentidos, los proveedores de Internet asignan la IP a sus usuarios solamente durante el tiempo que permanecen conectados; y tras su desconexión, la misma dirección IP es asignada a otro usuario. Por lo tanto, la IP es asignada por sesión, conforme al protocolo internacional de asignación DHCP (Dynamic Host Configuration Protocol) (Rodríguez, 2009; Rosa, 2011).

Existen varios métodos para averiguar quién es el titular de una dirección IP; así, se cuenta con las páginas web de los registradores (www.arin.net) o programas ofrecidos dentro de los sistemas operativos (whois), o programas comerciales o gratuitos que realizan esta búsqueda de manera automática. Una vez descubierta la IP, los investigadores solicitan al juez competente la emisión de mandamiento judicial dirigido al proveedor de servicios de Internet (IPS) asociado a la IP investigada, para que proporcionen el nombre del titular, domicilio y número de teléfono de dicha IP. En el caso que el IPS se encuentre fuera del país el investigador tendrá que valerse de los mecanismos de la cooperación jurídica internacional (Rosa, 2011).

A pesar de esta posibilidad de rastreo de direcciones IP, en la práctica los autores vinculados con delitos de pornografía de personas menores de edad suelen

navegar de forma anónima, utilizando direcciones IP vinculadas con servidores que no contienen información sobre sus usuarios. Otra forma utilizada para evitar la identificación del usuario por Internet es el uso de un servidor *proxy* como punto intermedio entre un ordenador conectado a Internet y el servidor al que se está accediendo. Así, el usuario no accede directamente al servidor, sino que realiza una solicitud sobre el *proxy*, siendo este el que se conecta con el servidor y devuelve el resultado de la solicitud, de tal forma que no se puedan obtener los datos reales del usuario (Rosa, 2011).

Asimismo, los investigadores policiales pueden investigar el valor *hash* o firma digital que identifica a los ficheros informáticos y lo hace único, permitiendo corroborar los usuarios comparten un determinado archivo, incluyendo la dirección IP de conexión y el nombre con el que se almacena el archivo. En este sentido, el *hash* de los archivos informáticos es una especie de identificación comparable al ADN (Rosa, 2011).

De igual forma, puede contribuir a la individualización de los compradores de pornografía de menores de edad la investigación de las tarjetas de crédito utilizadas para la adquisición de dicho material, para lo cual es necesaria la cooperación de las compañías que emiten las tarjetas (Rosa, 2011).

6.1.2 Intervención de correo electrónico.

La intervención de cuentas de correo electrónico es una de las pruebas más idóneas para esclarecer conductas vinculadas con la pornografía de personas menores de edad. No obstante, ha representado varios problemas, tanto por ser el correo electrónico de fácil manipulación y alteración —además de su bajo costo—, como por el hecho de que su intervención sin autorización judicial puede ser alegada como prueba ilícita, pues estos están protegidos por el secreto de las comunicaciones y, por lo tanto, su intervención requiere autorización judicial (Rosa, 2011; Urbano, 2009).

La intervención del correo electrónico se hace necesaria para esclarecer aspectos tales como si se envió o recibió determinadas imágenes desde una cuenta de correo electrónico, o si las imágenes adjuntas proceden de un tercero distinto del remitente. Por lo tanto, las diligencias de intervención del correo electrónico buscan el asegurar la identidad, autoría y consentimiento del autor del archivo. Asimismo, estas diligencias pueden tener como finalidad el determinar si desde una computadora se ha enviado un *e-mail* por quien no es su titular o usuario, a través de una suplantación de identidad (Urbano, 2009).

De igual forma, tal como afirmábamos *ut supra*, para realizar la intervención de un correo electrónico se deben cumplir las mismas garantías de cualquier comunicación, respetando el principio de proporcionalidad derivado del juicio de necesidad, de la medida y el juicio de idoneidad de dicha intervención que justifiquen la intromisión en la esfera del derecho fundamental de una persona. Sin embargo, un sector doctrinal (Marchena, 2006; Urbano, 2009) considera que el correo electrónico presenta peculiaridades que hacen que la equiparación no sea plena a otro tipo de comunicaciones tales como el correo postal.

En este sentido, hay que considerar dos supuestos. Primero, en cuanto al correo electrónico ya enviado y recibido pero aún no leído, que incluye a aquellos mensajes que se hallan en el servidor, los que ya están descargados en la computadora del destinatario y aquellos mensajes que se encuentran en proceso de transferencia. En cuanto a la intervención de este grupo de mensajes, esta quedaría sujeta al régimen general del secreto de las comunicaciones, con las mismas garantías que informan a la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas o de la correspondencia postal.

Por otro lado, en el supuesto que los correos electrónicos que no han sido enviados (borradores), así como los enviados y los recibidos y leídos que se encuentren almacenados en computadora, no será necesaria la autorización judicial ni citación del imputado para acceder a estos correos electrónicos, pues se rigen por las normas generales sobre la limitación al derecho a la intimidad, habilitando a la policía para practicar estas diligencias de intervención en casos de urgencia y de acuerdo con los parámetros de la proporcionalidad. En este sentido se ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 70/2002, de 3 de abril, que declara que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero una vez finalizado dicho proceso la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos. No obstante, en el caso de España, se ha considerado que en el caso de personas menores de edad en conflicto con la ley penal siempre será necesaria la autorización del juez para proceder al volcado de los datos de procedentes de correos electrónicos (Rosa, 2011).

6.1.3 Análisis de computadoras.

En los delitos de pornografía de personas menores de edad en los que se ha utilizado como medio comisivo la Internet, se vuelve indispensable el análisis de las computadoras desde las que se realizaron las actividades delictivas. Para tal fin, los peritos policiales se auxilian de técnicas de policía científica, conocidas como *informática forense* o su término en inglés: *computer forensics*. Este término hace referencia a la forma de investigar sobre las computadoras para poder analizar la información contenida en estas sin que se realicen alteraciones por parte del investigador, recuperando datos que no son accesibles sino mediante la utilización de un método de trabajo específico (Rosa, 2011; Wortley & Smallbone, 2006).

En este sentido, en concordancia con el artículo 201 del Código Procesal Penal salvadoreño, cuando los investigadores policiales tienen indicios sobre la realización de actividades relacionadas con la pornografía de personas menores de edad, a través de una orden judicial de registro domiciliario pueden incautar las computadoras que se encuentren en el lugar registrado, sin ser necesario un nuevo mandamiento judicial para la intervención de las computadoras encontradas. No obstante, el conservar la integridad e identidad del material incautado es esencial; por lo tanto, los peritos que realicen la incautación de dichas computadoras deben acreditar el bloqueo y precintado de cualquier ranura (*slot*), puerto o disquete, desde el momento de la intervención (Urbano, 2009).

Sin embargo, para Velasco (como se citó en Rosa, 2011), aunque la incautación de la computadora esté amparada en una orden judicial de registro domiciliar, el desprecinto para proceder al análisis del contenido del disco duro debe acordarse por providencia judicial. No obstante —añade el autor— la resolución judicial de desprecinto no precisa de motivación *per se*, ya que no se afectan cuestiones de rango constitucional.

Empero, en casos extremos tales flagrancia o urgencia y necesidad de la pericia para asegurar la investigación, la policía judicial puede realizar los peritajes necesarios sin orden judicial. En este sentido, la jurisprudencia salvadoreña ha establecido que si bien cuando se trate de exámenes técnicos, la Fiscalía está inhibida para ordenar la práctica de estos, pues el principio de legalidad procesal prescribe que los peritajes serán ordenados por un juez o tribunal; la Fiscalía tendrá la facultad de ordenarlos si hay suma o extrema urgencia en su práctica y si están dentro de las ocho horas que la ley le otorga para investigar por iniciativa propia (Anónimo vs. Sandoval, 2006).

Esta excepción se fundamenta en la necesidad de que las autoridades competentes necesitan poder investigar e incautar datos almacenados en las computadoras con la rapidez suficiente para impedir la destrucción de pruebas delictivas. En este sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas (2001) establece que las autoridades competentes deberían tener suficientes poderes coercitivos, en su jurisdicción, para investigar los sistemas informáticos e incautar datos, ordenar la entrega de datos informáticos concretos, y ordenar u obtener con celeridad la conservación de datos específicos de conformidad con las salvaguardias y procedimientos jurídicos normales.

De la Rosa (2011), plantea como solución que en el propio oficio en el que se solicita la entrada y registro se solicite autorización para intervenir el material informático y para acceder a su contenido. Por lo tanto, el Juzgado podrá autorizar en el mismo auto, simultáneamente, la entrada y registro, la intervención del material informático y el acceso y análisis de los datos contenidos en dicho material.

Por supuesto, todas estas diligencias serán posibles si el sistema informático se encuentra en el país, pues si el perito informático se encuentra con que está accediendo, o que necesita acceder, a datos localizados en uno o más países, entran en juego intereses en materia de soberanía, derechos humanos y aplicación de la ley. Por lo tanto, será necesario recurrir a los mecanismos de asistencia policial y judicial mutua previstos en los convenios que resulten aplicables (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001; Pérez, como se citó en Rosa, 2011). Una buena cooperación procesal internacional contribuirá a la protección de las víctimas, y garantizará que las autoridades cuenten con los mecanismos necesarios para investigar los delitos de pornografía de personas menores de edad cometidos transnacionalmente, (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001).

No obstante, como apunta la Comisión de las Comunidades Europeas (2001), los instrumentos jurídicos existentes de asistencia judicial mutua pueden no ser apropiados o suficientes, puesto que su aplicación suele tardar varios días, semanas o incluso meses. Por lo tanto —añade—, se necesita de un mecanismo por el cual los países puedan investigar delitos y obtener pruebas de manera rápida y eficaz y, consecuentemente, que no se pierdan pruebas importantes en los procedimientos transfronterizos de aplicación de la ley; además, todos estos procedimientos deben realizarse salvaguardando los principios de soberanía nacional y de derechos humanos y constitucionales, incluida la protección de la intimidad y de los datos.

Una vez hecho el desprecinto de la computadora, los peritos informáticos proceden al acceso a los archivos contenidos en esta, en búsqueda de imágenes descargadas y archivadas en el disco duro y datos del historial de navegación para conocer fecha y hora en la que desde la computadora se accedió a Internet, correos electrónicos, chats, etc., con el fin de que sirvan como prueba de posesión o utilización de personas menores de 18 años en delitos de pornografía (Rosa, 2011). Los peritos informáticos, para evitar cualquier tipo de manipulación sobre el disco duro, deben utilizar dispositivos que bloqueen la escritura en el disco y que permitan exclusivamente el flujo de datos en un único sentido, de tal manera que se pueda examinar el contenido del disco duro sin alterar su contenido.

Asimismo, deben realizar una copia exacta del contenido del disco duro, o de otros dispositivos informáticos confiscados, tales como memorias USB, discos duros portátiles, CDs, etc.; garantizando que la copia “espejo” coincide con la original, debiendo conservarse bajo dominio judicial, por si fueran necesarios posteriores contrapericias (Velasco, como se citó en Rosa, 2011). De igual forma, deben contemplar la posibilidad de tener accesos remotos en búsqueda de información cuando la computadora esté conectada en redes (Intranet) o se trate de dispositivos desde los que se controlen otros. Así, los peritos informáticos pueden auxiliarse de programas rastreadores (*sniffers*) para acceder a los datos archivados en un sistema que puedan ser de utilidad para la investigación (Fernández, 2006; Urbano, 2009).

Otro aspecto que ha generado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial es el referente al modo de acceder información protegida mediante claves, sistemas de encriptación o trampas colocadas por el usuario, en caso de acceso no autorizado, que impidan analizar el contenido de dicha información (Urbano, 2009). En este sentido, hay un sector doctrinal (Rives, 2008, como se citó en Rosa, 2011; Urbano 2009) que considera que es necesario obtener un mandamiento judicial para intervenir y para acceder a los ordenadores protegidos por claves. Por lo tanto, el acceso por los peritos informáticos deberá hacerse con el conocimiento del usuario de la computadora que se deba examinar, debido a las consecuencias a que ello pudiera dar lugar.

Esta postura tiene sustento en la línea jurisprudencial española, que ha establecido que las prevenciones constitucionales y legales, en orden a la detención y apertura de la correspondencia postal, telegráfica o telefónica, se hacen extensivas al control de computadoras (España vs. Anónimos, 1993a), así como el derecho a la

reserva de las computadoras que pueden contener datos que nadie tiene derecho a descubrir y exteriorizar (España vs. Anónimos, 1993b).

Mientras que otro sector (Velasco, como se citó en Rosa, 2011), con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Pichardo vs. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2002) afirma que existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, así como para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Por lo tanto, la policía se encuentra facultada para examinar o acceder al contenido de las computadoras, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad.

En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia salvadoreña (El Salvador vs. Durán, 2008) al expresar que la calidad habilitante de los peritos permanentes adscritos a la División Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil les otorga el carácter de objetividad, imparcialidad e idoneidad, pues la institución policial cuenta con personal experto permanente dedicado a explotar su conocimiento. Asimismo, en razón de esta especial habilitación no se vuelve necesario, para validar el dictamen pericial, la presencia del juez o las partes cuando se realicen estos peritajes, pero si es deseo de estos comparecer a tales diligencias, están facultados para hacerlo, siempre que se haga una solicitud pertinente al juez del proceso (Anónimo vs. Anónimos, 2012b).

Pero, independientemente de la postura que se tome, lo que sí debe quedar claramente establecido es que no puede obligarse al imputado-usuario a revelar las claves o mensajes encriptados con los que ha protegido la información contenida en la computadora en investigación, pues esto violentaría el derecho constitucional del imputado a no declarar contra sí mismo. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia salvadoreña al afirmar que el derecho a no declarar contra sí mismo incluye la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (Anónimo vs. Anónimos, 2012b). Por lo tanto, los peritos informáticos deberán recurrir a programas que puedan servir para conseguir la contraseña o descifrar el texto escrito en clave. Asimismo, pueden intentar acceder a los archivos borrados a través de programas de recuperación de información borrada (Rosa, 2011; Urbano, 2009).

Finalmente, en cuanto a los delitos vinculados con la pornografía de personas menores de edad que sean descubiertos por técnicos encomendados a la reparación de computadoras, los datos obtenidos de esta forma serán considerados legales, con

el entendido de que el usuario ha entregado su computadora al técnico de forma voluntaria y no ha puesto límites en el acceso a los archivos que se encuentren en esta (España vs. Anónimo, 2009; Rosa, 2011).

6.1.4 Análisis de teléfonos celulares y dispositivos electrónicos.

En cuanto al análisis pericial de los teléfonos celulares, y en especial al de las memorias de dichos teléfonos, la jurisprudencia española ha establecido que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza a su proceso de comunicación, pero una vez finalizado este proceso, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos (STC n° 70/2002 y 120/2002; STS n° 316/2000, 1235/2002, 1086/2003 y 1397/2005). En consecuencia, son aplicables en estos casos los mismos criterios establecidos para la intervención del correo electrónico abierto. Por lo tanto, el acceso a la información contenida en la tarjeta de memoria de un teléfono celular puede ser realizada por los peritos policiales cuando exista un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho a la intimidad (Rosa, 2011).

Similar situación ocurre con la lectura de una agenda electrónica, a la cual se debe dar el mismo tratamiento que a cualquier documento intervenido, ya que esta agenda electrónica no es más que una versión digital de una agenda convencional. Por tanto, el derecho a ser amparado a la hora de realizar análisis en las agendas electrónicas es el derecho a la intimidad y no el de secreto de comunicaciones, no siendo necesario el monopolio jurisdiccional para su interceptación (STS n° 449/2006, de 17 de abril; Velasco, como se citó en Rosa, 2011).

Desde este mismo supuesto, se admitiría el análisis de la agenda de teléfonos contenida en el celular o agenda electrónica investigada, con el fin de comprobar identidades, contactos y coincidencias de números telefónicos, siempre que la medida resulte justificada y proporcional, amparándose siempre en la protección del derecho a la intimidad (STS n° 1273/2009, de 17 de diciembre, y 1315/2009, de 18 de diciembre).

Otros dispositivos que pueden ser intervenidos para valorar si fueron utilizados en delitos relacionados con pornografía de menores son las videocámaras, cámaras fotográficas, DVD, etc. (Morilla Fernández, 2005; Rosa, 2011; Wortley & Smallbone, 2006). Asimismo, resultará relevante analizar los artefactos de los que se

auxilie el productor o distribuidor de pornografía de personas menores de edad, tales como el formato máster de la grabación, el mecanismo de elaboración, la diversidad de productos, el número de copias, el lugar en que se guarda y la posesión de útiles aptos para la creación y difusión de copias (De Luca & López, 2009).

7. Regulación jurídico-penal de los delitos relacionados con la pornografía de personas menores de edad

7.1 Derecho Penal español

En este punto del estudio debemos atender a un análisis jurídico-penal del tipo fundamental para esta materia, a la sazón, el art. 189 del Código Penal español (Ley Orgánica 1/1995, del Código Penal). Dicho precepto presenta una evidente complejidad sustantiva; y en él se castiga una amplia serie de conductas relacionadas con la pornografía de personas menores de edad.

Haciendo un brevísimo antecedente del precepto, el Código Penal de 1995, en su primera versión, realiza un tratamiento exiguo de esta materia, en un precepto, entonces, de escasa enjundia, que sancionaba exclusivamente la utilización de una persona menor de edad con fines exhibicionistas o pornográficos o en espectáculos de dicha naturaleza, con una pena de prisión de uno a tres años. Se trataba de una norma claramente insuficiente, puesto que dejaba impunes todas las formas de posesión, venta, exhibición o distribución, así como en general todo aquel material de origen extranjero o desconocido (Morales F., 2000). En ese momento inicial, el Código Penal atendía como bien jurídico exclusivo la protección contra la libertad sexual, esto es, la capacidad para poder consentir o no una conducta sexual.

La primera reforma sustancial se desarrolla mediante dos normas; por un lado, la Ley Orgánica 11/1999, que supone una revolución en las esencias punitivas de esta clase de delitos, al incorporar un nuevo bien jurídico, dirigido a la protección de personas menores de edad e incapaces: la indemnidad sexual; por otro, la Ley Orgánica 15/2003, que convierte en ocho los apartados de este precepto, y tanto las conductas punibles como sus marcos penales se amplían considerablemente (Manzanares, 2010). La indemnidad sexual, como bien jurídico protegido respecto de las personas menores de 13 años en España (hasta la fecha), tiene un sentido mucho más restrictivo que el de la libertad sexual. La libertad sexual tiene dos vertientes:

la positiva, la voluntad de querer entrar o permitir la entrada de alguien en la esfera sexual privada; y la negativa, el rechazo a una relación o acto de naturaleza sexual no consentido. El ámbito de la libertad sexual, en el caso de las personas menores de edad e incapaces, es más reducido que en el supuesto de adultos, pues cabe proteger penalmente el aspecto negativo del bien jurídico, pero no tanto el positivo (dato que aparece condicionado por la edad en que se reconoce a los menores de edad cierta capacidad de autodeterminación sexual).

Con el llamado bien jurídico de la *indemnidad sexual* la persona menor de 13 años y los incapaces se ven dotados de una protección cualificada. Pero no se trata de que la persona menor de 13 años o incapaz sea un sujeto asexual o cuya sexualidad, en sentido amplio, deba verse aletargada en su desarrollo hasta superar tal edad (lo que parecería deducirse de la propia semántica del término *indemnidad*: libre de todo daño), sino que verdaderamente el objeto de protección es el libre desarrollo de la personalidad sexual de la persona menor de edad, concepto mucho más preciso y ajeno a una visión maniquea de la sexualidad de los niños y niñas. Pero puesto con ese contenido la indemnidad sexual es un concepto aplicable a todas las personas menores con independencia de si se les reconoce o no capacidad de autodeterminación sexual (en tanto no alcancen la mayoría de edad); es un bien jurídico que no se limita a cubrir el vacío que deja con la libertad sexual en su vertiente positiva, en el caso de las personas menores de edad, sino que igualmente sirve para explicar la punibilidad de las conductas de pornografía cuando los sujetos pasivos son jóvenes menores de edad (mayores de 13 años) que consienten participar en esas conductas (ya que, a pesar de que tienen legalmente reconocida capacidad de autodeterminación sexual, su consentimiento en una conducta pornográfica pone en peligro, cuando no lesiona, su libre desarrollo de la personalidad sexual, motivo por el cual no puede amparar las conductas de quienes se aprovechan de ellos).

En el año 2010 se produce la última modificación en esta materia, mediante la L.O. 5/2010, norma que ha supuesto una transformación de relieve en nuestra ley sustantiva criminal, incluyendo no solo nuevas figuras delictivas, sino afectando notablemente a las categorías generales de la teoría del delito, como el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aspecto este quizá paradigmático de la norma. Con gran certeza criticó, a nuestro juicio, García C. (2010) que el ánimo de agotamiento de todo tipo de conductas delictivas en esta materia lleva indefectiblemente al legislador, en cada nueva reforma, a errores de técnica normativa. Pero ese

afán de agotamiento acaba produciendo efectos más perniciosos que los meramente técnicos, como vamos a poder comprobar *infra*.

Conforme a una clasificación básica de las conductas delictivas, en el marco de la pornografía de personas menores de edad en el ordenamiento jurídico español, podemos distinguir los siguientes grupos de prohibiciones:

7.1.1 Utilización o captación de personas menores de edad con fines, o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

Se castiga, en el art. 189.1.a) del Código Penal español, la conducta consistente en la utilización o captación de personas menores de edad con fines, o en espectáculos, exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico cualquiera que sea su soporte. Esta conducta, como se puede observar, coincide con la castigada también por otros ordenamientos extranjeros (véase Italia). En este sentido, la persona menor de edad debe aparecer como protagonista o, al menos, desarrollando un papel de contenido o corte netamente sexual. Coincidimos con Gómez (2010), cuando señala que la participación no puede ser meramente auxiliar o accesoria, poniendo este autor como ejemplo la persona menor de edad empleada de camarero para servir bebidas. Así, ningún acto periférico sería punible por este tipo, no así por el que resultare oportuno si la conducta fuere delictiva por otra razón (vgr. trata de menores de edad, etc.).

No obstante, *sensu estricto*, se trata de una conducta de corrupción de menores (189.4 CP), donde el concepto *pornográfico* tiene una doble acepción, a nuestro modo de ver.

Se castiga tanto la utilización o captación de personas menores de edad con fines exhibicionistas como la utilización o captación de estas con fines pornográficos o para elaborar material pornográfico (en sentido etimológico, esto es, para producir material gráfico audiovisual o fotográfico). Quizás pueda considerarse que es más grave para la indemnidad sexual de la persona menor de edad la realización de pornografía que el simple exhibicionismo. En todo caso, se trata de un tipo de resultado cortado, pues no es preciso que tengan lugar efectivamente tales espectáculos o elaboraciones de material.

Si la persona menor de edad es utilizada activamente en actos sexuales, podría lesionarse tanto su indemnidad sexual como su libertad sexual. Ahora bien, contemplado de manera pasiva, por su mera exhibición, el bien jurídico sexual se desdibuja, sobre todo según la edad de la persona menor de edad. Cabe puntualizar este extremo. Si se trata de una persona de muy corta edad, la afección al libre desarrollo de la personalidad sexual aparece en la mera exhibición escasamente afectada, por cuanto si carece de capacidad natural de comprender y aún no se han desarrollado conceptos morales como el pudor ante la desnudez, difícilmente ese menor pueda verse afectado en su esfera sexual, puesto que no la ha desarrollado. Por ello, el bien jurídico en juego en tales casos es la intimidad del menor, aunque futuramente pudiera verse dañada también su indemnidad o libertad sexuales, en cuanto fuera conecedor de tales actos en el pasado y su influencia resultara perniciosa para su vida sexual futura. No obstante, en todo caso, se afecta a su dignidad y, como bien jurídico, al derecho a su propia imagen. En este sentido, Cabrera (2003) y Morales F. (2000) se muestran partidarios de la aplicación del art. 197 CP, que castiga los delitos contra la intimidad. Mientras que Rueda (2004) está a favor de un concurso de delitos (entre el 189 y 197 CP).

Debemos hacer notar que captación y utilización no son equivalentes ni sinónimos, sino elementos que se pueden comprender integrados en las diferentes fases de ejecución de la utilización de las personas menores de edad en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier material pornográfico.

Así, la captación consiste en el contacto persuasivo del sujeto activo del delito para con la víctima, determinando su voluntad hacia la consecución de las acciones finalistas previstas en la dicción del tipo (los espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y la elaboración de material pornográfico). La captación no exige la consecución final del resultado de utilización. Supone, por tanto, una anticipación en el ámbito de la esfera ejecutiva de esta figura delictiva, y no en la esfera preparatoria en puridad, como sucede en el *child grooming* (art. 183 bis CP), tipo notablemente relacionado con la captación, por cuanto sanciona como acto preparatorio de los delitos sexuales el intento de captación, aún infructuosa, de una persona menor de edad seguida de actos de acercamiento, en el marco de un contacto mediante las TIC.

Se trata de conductas relacionadas, pero diversas, que pueden existir aisladamente o pueden ofrecerse en la realidad de una manera consecutiva. Es decir, podemos encontrarnos con un adulto que contacta con una niña de 12 años para que

le envíe fotos desnuda, haciéndose pasar por otra persona menor de edad. Si a ese contacto le sigue un intento de acercamiento a la persona menor de edad y la finalidad es la prevista en el art. 183 bis CP (cometer una agresión o abuso sexual sobre la persona menor de edad o utilizarla con fines exhibicionistas o pornográficos), estaremos ante una conducta de *child grooming*. Ahora bien, ¿en qué momento el embaucamiento se convierte en captación? ¿Cómo se explica la coexistencia, en España, de estas figuras?

No es una respuesta fácil, y menos atendiendo a que la conducta de captación tiene un reproche penal netamente superior al tipo del *child grooming*. En el caso de que se trate de acercamiento personal y físico, no cabe apreciar *child grooming*, puesto que se trata de un delito que exige en su esfera objetiva su perpetración por vía telemática. Ahora bien, suponiendo que toda la interconexión discorra telemáticamente, cabe plantearse la posibilidad de concurrencia, además del *child grooming*, del delito de captación del art. 189 CP. La respuesta es afirmativa. El art. 183 bis castiga la preparación de las conductas previstas en los arts. 178-183 y 189 CP, como refiere su tenor literal. En este sentido, y en lo referente a la captación, siendo esta conducta de clara relación con el contenido del tipo del *child grooming*, entendemos que deberá atenderse a la efectividad en el embaucamiento de la víctima. Así, la propuesta de concertar un encuentro, seguida de actos de acercamiento, será castigada como *child grooming*, siempre que tal encuentro no se perfeccione en la esfera real o no se determine a la persona menor de edad a propiciar efectivamente ese encuentro. Si el menor de edad, como consecuencia del contacto establecido, desarrolla él mismo o permite del tercero los actos tendentes al acercamiento —donde el influjo ejercido por el sujeto activo es determinante de aquellos—, la persona menor de edad no sólo ha sido contactada, sino captada.

De esta forma abogamos, sin perjuicio de la cláusula dispuesta en el propio art. 183 bis (concurso de delitos con los referidos 178-183 y 189 CP), por un concurso de leyes en el caso de la captación, por ser coherente con el criterio de consunción del art. 8.3 CP. Caso distinto será que a la conducta de embaucamiento del *child grooming* siga, por ejemplo, una conducta de agresión sexual, de abuso sexual, de elaboración de pornografía infantil, o de corrupción de menores. En estos casos, lógicamente, debe seguirse lo fijado respecto del concurso de delitos.

7.1.2 Financiación de estas actividades u obtención de lucro (189.1.a) *in fine* CP)

También se castiga, en este precepto, a aquel que soporte económicamente la actividad meritada en la norma de referencia o se lucre con ella. En este sentido, nuestro cuestionamiento debe centrarse en una consecuencia de esta norma; y es la posible equiparación a estos efectos del explotador económico de una actividad de exhibición o pornografía de personas menores de edad con aquel que eventualmente hubiere pagado una entrada para ver tal elemento. No debiendo ser esto último ajeno al reproche —por cuanto precisamente la lesión a la libertad e indemnidad sexual en un espectáculo tiene lugar, precisamente, porque hay clientela dispuesta a tales fines—. No es menos cierto que ponderar como equivalente tal conducta con la del propietario o promotor del acto resulta injustificado, por tratarse de comportamientos de distinta gravedad y peligrosidad objetiva. Sería preciso efectuar una interpretación restrictiva del tipo para estimar que quien financia los espectáculos exhibicionistas o pornográficos es el que actúa en la forma de empresario y no de mero cliente.

La obtención de lucro, sin embargo, resulta más pacífica en la interpretación, y, en todo caso, el castigo penal se justifica en el sentido y finalidad de la norma, puesto que precisamente es la búsqueda del beneficio económico el móvil criminal más cualificado para la comisión de estas actividades. Y aun cuando los consumidores de pornografía o de espectáculos exhibicionistas o pornográficos sean generalmente sujetos pedófilos, no podemos obviar que quienes manipulan tales redes no necesariamente —incluso rara vez— poseen tales pulsiones o motivaciones. Sirva como elemento meramente ilustrativo el siguiente extracto de las conclusiones públicas del II Congreso Mundial sobre Explotación Sexual Comercial de Niños de Yokohama (Japón), año 2006: *“La industria de la pornografía infantil es internacional y altamente comercial. Se supone que en los Estados Unidos constituye una de las mayores ‘industrias domésticas’ con un mercado que genera entre 2.000 y 3.000 millones de dólares al año. Se afirma que solo en los Estados Unidos los productores han filmado a un millón de niños”*. Esta idea se refleja doctrinariamente en Orts & Roig (2005).

7.1.3 Conductas de producción y tráfico de pornografía (producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces, o poseerlo para estos fines)

Siendo un rasgo característico de la técnica legislativa en materia de delitos sexuales la enorme matización de los verbos típicos, debemos atender a un elenco de conductas que penalmente se equiparan en este tipo con el propósito de abarcar todo los ámbitos de la producción y tráfico de pornografía de personas menores de edad.

La producción merece poco comentario, puesto que es equivalente a la elaboración, y todo lo dicho de aquel término puede predicarse de este, si bien aquel tipo lo era de resultado cortado y este es un delito de resultado material, esto es, debe haberse producido el material pornográfico. La venta, obviamente, es la forma de comercio más directa y se castiga no solo respecto de quienes explotan comercialmente espectáculos [(189.1.a) *in fine*, cuando habla del ánimo de lucro], sino el propio material. La distribución es castigada precisamente por la propagación de este, pero la lesión a la libertad e indemnidad sexual concreta de la persona menor de edad afectada (o personas menores de edad, pues suelen concurrir numerosas víctimas) ya no es tan directa o, mejor dicho, se encuentra en una fase de agotamiento; no así, por el contrario, respecto de bienes jurídicos como la protección general de la infancia o la propia imagen de los menores de edad implicados.

Con el ofrecimiento, se viene a sancionar al mismo nivel que el resto de modalidades típicas las formas imperfectas de ejecución, de punición específica de la tentativa en definitiva —recuérdese lo comentado al respecto en el análisis sucinto del Derecho Penal francés—, por cuanto no se trata, por ejemplo, de distribuir, sino que se castiga el mero ofrecer u ofertar la distribución. Por facilitar debemos entender la cooperación en actos periféricos de la producción, elaboración, distribución u ofrecimiento, lo que, de hecho, hace complicado justificar su equiparación al resto de conductas al tratarse genuinamente de una especialidad en la punición de la complicidad (que en España se sanciona con la aplicación de la pena, atenuando un grado a esta, *ex art.* 63 CP). No obstante, este es el resultado de la anticipación de las barreras de

protección penal y de la inspiración del legislador en exclusivas necesidades preventivo-generales, que dificulta, si no imposibilita, la aplicación de las reglas generales sobre participación delictiva. Es similar el juicio que merece la equiparación con aquellas de la conducta de poseer el material pornográfico con los fines de producción, venta, difusión o exhibición de este, pues se trataría en rigor de un mero acto preparatorio elevado a la categoría de autoría y de hecho típico independiente.

La consecuencia penal para los tipos del 189.1 es la prisión de 1 a 5 años.

7.1.4 La posesión (189.2 CP)

Se creó en el año 2003 un tipo atenuado para la mera detentación material de la pornografía de personas menores de edad, hasta aquel momento conducta atípica si iba destinada al propio consumo. Ello supone de nuevo un adelantamiento de la esfera punitiva del Derecho Penal, basado, en este caso, en la premisa de que cuando una persona es poseedora de material pornográfico potencialmente puede traspasar esta frontera, en el sentido de la distribución, venta o demás conductas ya reseñadas *ut supra*. Por ello, esta sanción tiende esencialmente a erradicar el mercado; y para ello castiga a quienes han obtenido de cualquier forma (virtual o real) imágenes pornográficas que pudieran transmitirse a terceros o incitar incluso a formas más activas de afección futura a la sexualidad de los menores de edad.

Ahora bien, hemos de ser especialmente cautos en la interpretación de qué se entiende por *posesión*, abogando por la más restrictiva interpretación posible, y desde la firme contemplación de los principios de seguridad jurídica y, especialmente, de culpabilidad (art. 5 CP), en particular en el ámbito de las TIC. Sin entrar en especificidades tecnológicas informáticas, puesto que ya fueron abordadas *ut supra*, sí debemos advertir que en la materia de los ordenadores personales, la inmensa mayoría de los usuarios tienen una comprensión escasa o limitada de todas las operaciones y tránsito de información real que se producen en el ámbito de Internet entre las computadoras, los servidores y otros usuarios.

Por ello, singularmente, debemos recordar que resulta no solo posible sino incluso probable que en muchas ocasiones podamos encontrar supuestos de falsa posesión, en aquellos casos, por ejemplo, en los que por un error o desconocimiento en la descarga de un archivo en un programa tipo P2P (eMule, por ejemplo) lleve a

atraer al sistema operativo del usuario un material cuyo contenido se ignora hasta el momento de su recepción, con la sorpresa que al acceder a su contenido se trate de una imagen pornográfica de personas menores de edad.

Más allá de encontrarnos ante un error de tipo casi paradigmático, lo cierto es que la posesión deberá ser útil, continuada y no anecdótica o esporádica para que verdaderamente sea punible con garantías jurídicas, puesto que lo contrario supondría una apreciación errónea del principio de intervención mínima del Derecho Penal, a la par que generaría una lesión a bienes jurídicos dignos de un respeto y tutela como es el honor del sujeto afectado y su derecho a la información y comunicación a través del empleo de las redes telemáticas.

Quedan fuera de ámbito de protección de estos tipos (Boldova, 2010), no obstante, la contemplación sin posesión, tanto de espectáculos pornográficos como de imágenes pornográficas de personas menores de edad mediante la técnica del *streaming*, por cuanto no se engloba en ninguno de los elementos anteriores, ni se castiga la tenencia de claves de acceso a páginas donde estuvieren colgados tales materiales. Tampoco la apología de estas conductas cuando esta no sea una forma de ofrecimiento tácito u expreso de material pornográfico.

7.1.5 Tipos agravados (189.3 CP)

Se trata de conductas donde se evidencia una gravedad de lo injusto superior por un mayor desvalor de la acción y/o del resultado. La pena oscilará entre cinco y nueve años de prisión. Son las siguientes:

a) Utilización de menores de 13 años.

Debemos considerar que, siendo que la pornografía de personas menores de edad atañe a todos aquellos comprendidos entre los 0 a 17 años, ambos inclusive, respecto de los menores de 13 se produce una afección más intensa del bien jurídico de la indemnidad sexual (por ser individuos sin o con escaso desarrollo sexual externo). Ahora bien, entendemos, compartiendo la opinión de Gómez (2010), que esta circunstancia debería también, y por la misma razón, haberse apreciado por el legislador para el tipo de la prostitución y corrupción de menores, tipificados en el mismo capítulo.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

En este caso, se acude a un concepto jurídico indeterminado que deberá llevar a jueces y tribunales a una singular valoración de tales características. Debe tratarse de prácticas sexuales o exhibicionistas cuyo contenido resulte singular y manifiestamente de mayor reprobación que el ya de por sí repugnante acto ordinario. A modo exclusivo de ejemplo, si concurren prácticas denigrantes de carácter escatológico, concurrencia de otros elementos peligrosos o que añadan un especial daño a la víctima, como conductas con animales o sometiendo a las personas menores de edad a sustancias psicoactivas, etc.

c) Cuando los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor económico del material pornográfico.

Se trata de una circunstancia agravante de carácter y contenido patrimonial, y en tal medida resulta un tanto forzado su encaje en este tipo. No sería así, por el contrario, si la circunstancia atendiera a la cantidad de material (como sucede en el Derecho italiano, ya explicado).

Ello puede ser así por cuanto, desde la óptica meramente hipotética, pudiere suceder que solo una persona menor de edad afectada con tres o cuatro fotografías pudiere generar un lucro superior a miles de archivos, en cuanto a que las circunstancias personales del menor de edad pudieren hacer más atractivo para el mercado del material su adquisición (las fotos del hijo de un destacado personaje público, por ejemplo). En este caso, si bien es por supuesto digna de tutela esta hipotética persona menor de edad, no lo es menos digno cuando se trata de una pluralidad elevada de víctimas, aun siendo mucho menor el valor económico del material. El valor de mercado del material es un aspecto secundario en comparación con el número de víctimas. Por ello, de *lege ferenda*, si se mantiene definitivamente esta cláusula, somos partidarios de formularla de una manera diferente, no determinada en cuanto a la cantidad económica sino en cuanto a la cantidad de víctimas.

d) Cuando el material pornográfico represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

El primer aspecto criticable, a nuestro modo de ver, de la dicción de la circunstancia agravante es el empleo del término *niños* como sinónimo de *menores*. Entendemos mucho más adecuado el uso del término *menor*, que es omnicompreensivo tanto en el Derecho positivo español (son muchas las referencias, por todas, art. 12 de la Constitución, interpretado contrario sensu, art. 315 del Código Civil, art. 19 del Código Penal o art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor) como en los instrumentos internacionales que tratan singularmente esta materia que nos ocupa (art. 1 de la Directiva 2011/93/UE).

Más allá de una cuestión de nomenclatura, entendemos que esta circunstancia se sustancia claramente en la mayor gravedad de lo injusto por un mayor desvalor de la acción. La integración de la expresión *violencia física* no plantea dificultades para su comprensión, pero la violencia sexual exige remitirse a conductas que puedan ser calificadas de sdomasochistas o similares, lo que comporta mayores dificultades interpretativas.

e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Esta circunstancia agravante tiene una dicción muy similar tanto a la empleada con tal finalidad cualificante en materia de delitos contra la salud pública como la señalada en el mismo capítulo que estamos analizando en el art. 187.4 CP sobre la prostitución de menores.

Se trata de una circunstancia que hunde su naturaleza en razones de política criminal comprensible, como es, precisamente, sancionar de una manera incisiva a aquellos sujetos que hubieren desarrollado en torno a la actividad ilícita una estructura más o menos organizada para la comisión de los hechos.

No obstante, y como sucede en los otros tipos señalados, la cuestión de prueba de este extremo resulta en la praxis jurídica un elemento de extraordinaria complejidad, sobre todo para aquellos casos de carácter transitorio que la norma recoge y, máxime, cuando el medio comisivo predilecto (diríamos casi único, exceptuando supuestos residuales) es

Internet y las TIC. Si bien no es cierta esa impunidad aparente que se consideraba derivada del supuesto anonimato del empleo de las redes telemáticas —puesto que toda actividad informática deja huella—, lo cierto es que advertir, con efectos probatorios suficientes para enervar la presunción de inocencia de los acusados, la existencia de ligámenes estructurales que den lugar a la apreciación del tipo cualificado es un problema procesal probatorio no siempre fácilmente superable.

f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

En este caso, nos encontramos frente a una circunstancia agravante que se fundamenta en un mayor injusto por parte del sujeto activo en la medida en que supone la infracción de deberes jurídicos específicos de protección que vinculaban al autor con la víctima, en una aplicación concreta de la modalidad agravante general del art. 22 CP, por cuanto se castiga precisamente el abuso de la posición de superioridad y de garante de la persona menor de edad o incapaz para la comisión de los hechos. Nada se puede objetar ni formal ni materialmente a este extremo.

7.1.6 Referencia a la corrupción de menores (189.4 CP)

Aunque su significación trasciende los límites estrictos de la pornografía de personas menores de edad, debemos señalar que el art. 189.4 del Código Penal castiga la corrupción de menores cuando señala que *“el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de este, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”*.

El elemento objetivo de este tipo consiste en llevar a una persona menor de edad a la participación en comportamientos de carácter sexual que sean perjudiciales para su evolución o desarrollo, es decir, que afecten a su esfera de desarrollo de la personalidad sexual.

Debemos señalar que formalmente este tipo que no goza de una buena ubicación sistemática, ya que se halla inserto en el contexto de la pornografía, cuando su

propia naturaleza no guarda tan directa relación con aquella forma delictiva, sino que goza de autonomía conceptual como para disponer de un tipo autónomo.

Entrando en aspectos materiales, debemos advertir que se trata de un delito que viene a sancionar aquellas conductas negativas u objetivamente perniciosas para los menores mayores de 13 años en la actualidad, puesto que para personas menores de esa edad todas se consideran penalmente, al menos, como abusos sexuales en la medida de la ausencia de la capacidad de consentimiento sexual.

Ahora bien, aun consentidas y sin mediar engaño (aspecto este también atendido, respecto de los mayores de 13 y menores de 16, en el art. 182 CP), existen conductas que son susceptibles de reproche penal por esta vía. La indeterminación de tal categoría de acciones negativas ha dado lugar a una evolución conceptual. Así, bajo esta fórmula se identificaron antaño conductas que hoy han adquirido una independencia y autonomía conceptual en el Derecho Penal sexual (la captación para espectáculos exhibicionistas o pornográficos, por ejemplo), debiéndose, por tanto, matizar el concepto y reservar para el sentido estricto de su acepción. Podría pensarse, por ejemplo, que supone corrupción de menores la incitación a la sexualidad precoz de menores mayores de 13 años. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado (Sentencia nº 422/2005, de 4 de abril) que no se produce necesariamente corrupción de menores en ese supuesto, siempre que la conducta sexual no perturbe la esfera de la libertad sexual, y del normal desarrollo de la personalidad, en su esfera sexual o afectiva.

Por tanto, debemos señalar que el comportamiento sexual que en este tipo se reserva puede ser concebido desde dos ópticas (Boldova, 2004). Por una parte, pudiera pensarse que este tipo se reserva en la actualidad, de forma residual, para aquellas conductas no subsumibles en tipos específicos que, objetivamente, sin embargo, implican una alteración del desarrollo de la personalidad sexual del menor (ej.: hacer partícipe al menor de actividad sexual grupal, aun consentida, o intercambios de pareja, etc.). Esta postura lleva a la consideración necesariamente del carácter residual, e incluso, prescindible del tipo, en cuanto se entiende que los bienes lesionados por las figuras de agresión, abuso o las de pornografía de menores ya conllevan un perjuicio para el desarrollo del menor, y restan, teóricamente, solo aquellos actos que generen un resultado de perjuicio del desarrollo de la personalidad sexual que no sean subsumibles en otros tipos, lo cual limita hasta tal extremo la figura que cuesta en la praxis encontrar supuestos para su aplicación. Así, Torres (1999) considera inaplicable

el concurso de delitos, al identificar el bien jurídico protegido por el tipo del art. 189.4 CP respecto de las figuras de agresión o abuso sexual, como es la indemnidad sexual del menor; y Marín (1999) lo califica de incorporación innecesaria al Código Penal.

Otra perspectiva por la que abogamos, sin embargo, es que este tipo puede concurrir con otros delitos, como agresión o abuso sexual, o bien, en acciones exclusivamente tipificables como delito de corrupción —por no ser constitutivas de otro tipo penal específico—, siempre que como resultado típico se produzca un perjuicio efectivo en el desarrollo de la personalidad sexual de la persona menor de edad o incapaz. Así, pues, habrá casos en los que el comportamiento de naturaleza sexual sea constitutivo de otro delito sexual que, a su vez, pueda ser corruptor de la persona menor de edad (por ejemplo, corrupción a través de unos abusos sexuales continuados), implicando un concurso de delitos, y otros casos que únicamente sean constitutivos del delito de corrupción. Estos últimos no pueden interpretarse como cláusula de cierre de los delitos sexuales, en el sentido de una afección de segundo orden a la libertad sexual, sino que deberá tratarse de conductas sexuales que tengan carácter corruptor para la personalidad sexual (no para cualquier aspecto de la personalidad de la persona menor de edad). Únicamente podrá decirse que se encuentra en un estado de corrupción aquel sujeto que, a raíz de su participación en un determinado comportamiento de naturaleza sexual, presente alteraciones de la personalidad sexual. En tal sentido cabe atender a los que como tales califica la OMS: zoofilia, necrofilia, exhibicionismo, sadismo, masoquismo, transexualismo, escotofilia, frotteurismo, fetichismo, etc.

No se puede afirmar, por último y a diferencia de un momento histórico precedente, que el hacer debutar a la persona menor de edad en relaciones homosexuales sea constitutivo del tipo, por cuanto esta forma de elección de desarrollo de la personalidad sexual hoy no puede reputarse perjudicial o dañina para la persona menor de edad, de una manera mayor o diferente de una relación heterosexual.

7.1.7 Omisión en la corrupción de menores (189.5 CP).

En este tipo se castiga con pena de prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce meses a aquel *“que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda*

a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz”.

Se trata, como se puede advertir, de un delito de omisión dolosa en el que se sanciona singularmente aquel sujeto que, ocupando una posición de garante respecto de la persona menor de edad (padres, tutores, etc.), siendo conocedor de su estado de prostitución o corrupción —en el que no tiene participación activa, puesto que, de tenerla, sería castigado por el delito de acción correspondiente (art. 187, 188 y resto del 189 CP) y no por esta figura—, no trate de impedir su continuación o no acuda a la autoridad competente, si carece de medios para evitarlo directamente. Ciertamente, así este tipo viene a ser una modalidad especial de los tipos que sancionan el incumplimiento de los deberes de asistencia (art. 226 e incluso, si se llega al abandono de la persona menor de edad, art. 229.3 CP). Guarda una cierta conexión también con un tipo genérico, como el 450 CP (omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad), aunque el bien jurídico protegido en este último difiere notablemente, por cuanto se trata de preservar la administración de justicia. De modo que, cuando no solo no se hace lo posible para impedir la situación típica del sujeto pasivo (estado de prostitución o de corrupción), sino que tampoco se impide la conducta de quien en su caso promueve o favorece tal estado o situación, ambos tipos pueden estar en concurso de delitos.

Plantea este tipo, no obstante, un problema respecto de la aplicación del art. 11 del Código Penal (comisión por omisión) a alguna de las conductas del art. 187 CP (prostitución de menores, castigadas con penas más graves), que podría solventarse, como señala Gómez (2010), conforme al criterio de alternatividad del art. 8.4 CP, a favor de la aplicación, cuando proceda, del 187 CP. Sin embargo, tendría que reservarse el tipo del art. 187 a los supuestos omisivos en los que el garante actúa con la tendencia de involucrar a la persona menor de edad en un contexto sexual y en los que influye directamente en la persona menor de edad para iniciarse o mantenerse en un estado de prostitución. Por el contrario, la omisión pura del art. 189 se ocuparía de supuestos en los que el omitente se sitúa en una segunda línea y tras un estado de prostitución (o corrupción) que le viene dado previamente, porque el mismo ya no puede evitar un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad, pero sí un estado de corrupción o de prostitución que perjudica la evolución o el desarrollo de su personalidad sexual (Boldova, 2004).

7.1.8 Pornografía virtual de menores o pornografía no real manipulada (189.7 CP)

Se castiga con pena de prisión de 3 meses a 1 año, y multa de seis meses a dos años a aquel que *produjere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.*

Respecto al tipo objetivo concreto que atendemos, nos remitimos en los verbos típicos a lo referido *ut supra*. Debemos, sin embargo, atender de nuevo al concepto de *pornografía virtual*, en el extremo de reiterar la diferencia existente con el concepto de *pornografía realista* empleado por algunas de las legislaciones europeas, por la propia Directiva 2011/93/UE y por el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en tramitación parlamentaria en estos momentos.

El tipo refiere y contempla solamente el supuesto de que, con material de personas menores de edad reales, gráfico o sonoro —por la alusión expresa a la voz, cosa que no ocurre en otros tipos delictivos de pornografía— y mediante el empleo de artificios técnicos, se produzca una modificación de la misma tendente a la creación de una situación o contexto de actividad de índole lúbrico que en la realidad no ha tenido lugar. Nótese así que se excluyen del tipo las modificaciones o alteraciones sobre material real que persigan exclusivamente aspectos visuales que sean irrelevantes para el contexto sexual (mejorar el color de la imagen o el *pixelado*, por ejemplo). Ello —huelga decirlo— no es constitutivo de pornografía virtual manipulada, sino de genuina pornografía real. Ahora bien, cualquier alteración de material real que busque aumentar el contenido o intensidad lúbrica (ejemplo, mediante el aumento/disminución/sustitución de dimensiones, efectos sonoros, etc.) dará lugar a la punición por este delito. Por otro lado, se excluye del tipo la pseudopornografía (adultos disfrazados de menores de edad).

No obstante, hay autores (De la Rosa, 2012; Cabrera, 2003) que a lo que nosotros denominamos *pornografía de menores de edad virtual* ellos le denominan *pseudopornografía*. En nuestro criterio, entendemos que son conceptos diferenciados y diferenciables. Mientras la pornografía virtual es una mera manipulación informática, con mayor o menor acierto en su ejecución, en la que se distorsiona la realidad, la pseudopornografía de menores de edad es aquella forma de expresión gráfica de una realidad —puesto que se trata de adultos en actitud sexual— que, sin embargo,

no es verdaderamente pornografía infantil o de menores de edad, por cuanto quienes la representan son genuinamente adultos. Desde nuestra óptica, y sin perjuicio de otras opciones válidas, los bienes jurídicos afectados en abstracto son diferentes. En el primer caso, se trata de un bien como la imagen personal y, en menor medida, la indemnidad sexual —aunque esté muy difuso y casi desvirtuado; solo hipotéticamente dañado si la persona menor de edad tiene conciencia de tal extremo— y en el segundo, recordemos impune en España, se trataría de una moral sexual colectiva o un interés general de las personas menores de edad, que, según la idoneidad de los medios empleados, tendrá una mayor o menor verosimilitud y, por ende, lesionará en mayor o menor medida estos bienes jurídicos.

Se trata, a nuestro modo de ver, más una protección a la propia imagen que en puridad a la esfera sexual como bien jurídico protegido (Boldova, 2004). Ello no es negativo, por supuesto, pero sí debe llevar a una reflexión sobre los bienes jurídicos que se tratan de tutelar y la ubicación de este tipo en el marco de la pornografía de personas menores de edad, siendo más bien constitutivo de una forma de vulneración cualificada de la propia imagen. De hecho, la singular pena tan atenuada aboga como argumento favorable a la cuestión suscitada.

7.1.9 El elemento subjetivo de los tipos de pornografía

Elemento clave para la relevancia penal de las conductas en los delitos sexuales es el tipo subjetivo. En los delitos de naturaleza sexual, el tipo subjetivo se compone de dos elementos diferenciados. Por un lado, tratándose inequívocamente de delitos de acción dolosos, se exige la presencia de dolo, entendiéndose este como *“la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo”* (Cerezo, 1998, pág. 123).

Por otro lado, aunque en las conductas de tráfico pueda concurrir un ánimo de lucro en el autor, este no viene exigido por el tipo, siendo igualmente punibles las conductas de tráfico a título gratuito. Sin embargo, y ante tal dispersión de conductas, cabe plantearse si se requiere un ánimo específico de contenido sexual. Es claro que la respuesta no es ni pacífica ni inmediata, ya que en poco o nada se parece la conducta de quien elabora y participa incluso involucrándose sexualmente en la escena de una filmación con una persona menor de edad de aquel otro que comercializa el producto con un total desapego volitivo del contenido de este.

No obstante, no se trata de conductas subjetivamente neutras, puesto que, comúnmente a todas, además del dolo, se les debe atribuir como elemento subjetivo adicional la tendencia a involucrar a personas menores de edad en contextos sexuales para la satisfacción sexual propia o de terceros. Se colige de Díez R. [en Díez & Romeo (2004)] que el elemento subjetivo de lo injusto común a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se constituye, ante conductas inequívocamente sexuales, no dudosas, ni subrepticias de ataque contra estos bienes, de un elemento consistente en una tendencia involucradora de carácter sexual, sin necesidad de que presida la conducta un ánimo libidinoso, para aquellas afecciones claras y flagrantes (ej.: para violar no es preceptivo un ánimo libidinoso, puede violarse como venganza, por ejemplo, sin una especial inclinación lúbrica sino de dañar). Para conductas menos patentes, empero delictivas, se precisa además un específico *animus libidinosus* que hace que, en este caso, para aquellas acciones “dudosas” debamos exigir este elemento subjetivo concreto. En efecto, el sujeto, aunque quiera solo lucrarse traficando con pornografía de personas menores de edad, actúa con la tendencia a involucrarlos en contextos sexuales para su satisfacción sexual o la de terceros. Lo mismo el consumidor: no solo posee con dolo sino que lo hace con la tendencia a involucrar a menores de edad en un contexto sexual, para su propio deleite. Quedarían así fuera de los tipos el acceso a material pornográfico, a efectos investigadores o por mera curiosidad.

7.1.10 Responsabilidad de las personas jurídicas (189 bis CP).

Dice textualmente el señalado artículo:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Este precepto tiene su razón de ser en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que modificó profundamente nuestro Código Penal, incorporando al mismo el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente al clásico principio *societas delinquere non potest*. Así, se establece una sanción económica, y, potestativamente, alguna medida de las fijadas en el art. 33.7, letras b) a g) del Código Penal, como son, entre otras, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de la empresa y locales, la prohibición de realizar actividades sociales, la inhabilitación, la imposibilidad de obtención de subvenciones por tiempo determinado, e incluso, la intervención judicial (administración judicial) de la misma.

7.1.1.1 El *child grooming* como acto preparatorio punible.

No podemos dejar de hacer siquiera una referencia somera a una figura delictiva de enorme interés como el *child grooming*, sin perjuicio de los matices o aspectos que a lo largo del texto ya hemos podido adelantar. Se trata de una conducta ilícita penal de nueva planta.

Con la generalización del uso de Internet y de los sistemas de telefonía móvil con descarga de datos, así como con la estandarización de hábitos de ocio, como el uso de redes sociales, en la sociedad se constata un nuevo foco de peligrosidad criminal que afecta a un elenco considerable de figuras delictivas, y que se engloban en una categoría nueva, los delitos tecnológicos.

Bajo este amplio concepto, se viene a designar todas aquellas figuras delictivas, de diferente naturaleza, cuyo nexos fundamental es el uso de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC como instrumento criminal, empleado dentro del elenco de amplísimas opciones que estos sistemas ofrecen, para la consecución de actividades delictivas. Hágase notar además, como elemento característico que estos sistemas ofrecen a su usuario unas condiciones absolutamente propicias para la perpetración de los delitos objeto de este estudio, por la aparente anonimía en el desarrollo de las labores de comunicación, entendida como la capacidad para poder simular, ocultar o inventar una identidad de comunicación virtual —véase un perfil falso de Facebook o una cuenta de Twitter— a través de la cual se puede ejecutar los delitos de *child groo-*

ming, lo que en nuestro idioma podríamos denominar “embaucamiento de menores de edad”.

La tipificación de esta conducta en nuestra normativa jurídica nacional es muy reciente y se produce mediante la Ley Orgánica 5/2010, que en su Preámbulo alude al fenómeno criminal en su denominación anglosajona a la hora justificar la introducción de un nuevo delito en el art. 183 bis con las siguientes consideraciones: la extensión de la utilización de Internet y de las TIC con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. A tal efecto, incorpora al Código un art. 183 bis del siguiente tenor:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de quince años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Esta reforma viene impuesta por la necesidad de trasposición al ordenamiento jurídico español 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 de menores. También es especialmente relevante como antecedente no expresamente mencionado en el Preámbulo de la L.O. 5/2010, pero sí en la tramitación parlamentaria, la Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual¹⁴ de 2007, del Consejo de Europa.

En un análisis de los elementos objetivos (Manzanares, 2010) (Gómez, 2010), podemos señalar que se trata de un delito que acumula en su dicción una pluralidad de actos. Requiere, en primer término, el contacto con un menor de quince años de edad. Además a este contacto le ha de seguir la propuesta para concertar un encuen-

¹⁴ Convenio hecho en la isla de Lanzarote (España), el 25 de octubre de 2007, ratificado por España por Instrumento de fecha 12 de noviembre de 2010 (BOE nº 247, sec. I, p. 94858).

tro, orientado a la comisión de los tipos de los arts. 178 a 183 (agresiones sexuales y abusos sexuales) y 189 (pornografía de menores de edad). Por último, exige además que se practiquen actos materiales encaminados al acercamiento.

El tipo del art. 183 bis CP no abarca de forma alguna la esfera de los actos ejecutivos de los tipos de los arts. 178-183 y 189 CP, sino que castiga de manera autónoma e independiente, con posibilidad de concurso de delitos con aquellas figuras, los actos preparatorios de las mismas, en una singular modalidad (a través de las vías telemáticas) y con la exigencia específica como elemento subjetivo del tipo de un ánimo libidinoso claro, al tratarse de una conducta sexual de carácter dudoso en su patentización.¹⁵

7.1.12 Valoración crítica del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en esta materia.

En el momento de redactar este informe se está desarrollando en España la tramitación como Proyecto de Ley Orgánica, una reforma del Código Penal, el cual ha sido modificado desde su entrada en vigor casi un total de treinta veces, incluidas todas las reformas en materia de pornografía, que también han sido varias (1999, 2003 y 2010). La tendencia que se observa es la de una franca expansión del Derecho Penal en todos los ámbitos que no siempre está debidamente justificada. El caso de los delitos relacionados con la pornografía de personas menores de edad es paradigmático sobre dicha tendencia.

Las modificaciones que se plantean por el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal en esta materia resultan muy discutibles. Vamos a tratar de sintetizar las más relevantes respecto de la materia que nos ocupa, efectuando un somero análisis de aquellas.

7.1.12.1 Elevación de la edad de consentimiento sexual de 13 a 16 años.

En la actualidad —como ya hemos mencionado— los tipos penales protegen la indemnidad sexual de las personas menores de 13 años. A partir de esa edad, se entiende que el menor tiene capacidad para decidir con libertad no solo la esfera

¹⁵ Nos remitimos al planteamiento enunciado por Díez R. y Romeo (2004) en el epígrafe 7.1.9. de este texto.

negativa de aquel concepto (cfr. Epígrafe 3), sino positiva, para poder desarrollar su sexualidad y practicarla misma como forma de evolución personal. Hemos de significar, no obstante, la protección del art. 182 CP, respecto de los menores hasta los 16 años en cuanto a los contactos sexuales en los que media engaño.

El Proyecto de reforma del Código Penal pretende la elevación del límite de edad de consentimiento hasta los 16 años (sus Anteproyectos lo hacían hasta los 15 años), aspecto este que modifica profundamente el alcance de los tipos, sin que resulte plenamente justificado.

En primer término, porque considerar los 16 años como edad de inicio de la actividad sexual de un menor es desoír manifiestamente las actuales tendencias sociales, que muestran una precocidad en el inicio del descubrimiento de la esfera sexual activa y de las relaciones interpersonales en esta materia. Según datos públicos en España (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2012), si en 2004 era solo un 5 % de los jóvenes los que reconocían haber mantenido relaciones sexuales antes de los 15 años, el pasado 2012 la cifra se situaba en un 12 %. Supone igualmente desconocer que la edad de 13 años es una convención cronológica (para mayor seguridad jurídica) que viene a coincidir con el paso de la niñez a la adolescencia y, por tanto, se trata de cambios a los que ha de atender el legislador si no quiere que sus regulaciones den la espalda a la realidad.

El prelegislador, a través de esta medida, pretende la elevación de las barreras penales hasta límites que hacen desvirtuar el bien jurídico protegido originalmente por el límite de edad de consentimiento, como es la indemnidad sexual. Este concepto, el libre desarrollo de la personalidad sexual, no implica sino un derecho subjetivo de la persona menor de edad consistente en la no intromisión de terceros en su maduración y autodescubrimiento de la esfera sexual, sin que existan injerencias nocivas que desvirtúen o impidan objetivamente un desarrollo equilibrado.

Así, debemos advertir la gravedad de las consecuencias de esta innovación. Supondrá, en primer lugar, que cualquier relación sexual con un menor de dieciséis años sea, *iuris tantum*, delictiva. El legislador que, en principio, con esta medida reconoce incapaces de decidir en materia sexual a los menores de 16 —es decir, dignos de protección de su indemnidad sexual, pero no de libertad sexual en su aspecto positivo—, a la par y para evitar una incongruencia con la realidad y la excesiva criminalización, introduce una eximente de difícil interpretación y que redundará en una grave inseguridad jurídica.

Señala el art. 184 quáter que *“el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*.

En primer término, resulta dudosa la naturaleza jurídica de la figura señalada, si bien creemos que constituye una causa de atipicidad, frente a otra posibilidad como sería considerarla una excusa absolutoria basada en consideraciones de política criminal. Sin embargo, tal postulado nos llevaría a tener que afirmar que las relaciones sexuales con persona menor de 16 años, aun en esos supuestos, son delictivas aunque no punibles. Por el contrario, la estimación de una causa de atipicidad se explicaría porque en tales hipótesis se estaría protegiendo la libertad sexual de la persona menor de edad en su aspecto positivo de decidir tomar parte en una acción sexual, pero en todo caso condicionada por el hecho de que la persona con la que se involucra en un contexto sexual sea próxima en edad y grado de desarrollo o madurez, lo que no permite asegurar de antemano si tal libertad de la persona menor de edad puede darse por reconocida legalmente o no, en tanto no sea la autoridad judicial quien lo decida a posteriori.

El principal problema reside en determinar qué es próximo en edad, aspecto jurídicamente indeterminado, y, aún más, la proximidad en el grado de desarrollo o madurez. Se trata de alusiones a elementos puramente valorativos y, por tanto, conducentes a una enorme inseguridad jurídica. No existen elementos externos claros (referidos al desarrollo) que permitan determinar el desarrollo de un sujeto en comparación con el desarrollo de otro, para poder fijar su proximidad o distancia. Tampoco existen elementos internos nítidos (referidos a la madurez) sobre los que efectuar una valoración acerca del grado de madurez de uno y otro y su proximidad o distancia.

No parece posible así atender a factores concretos que permitan determinar, con el nivel de certeza que el Derecho Penal requiere, cómo en el seno de cada relación afectiva influyen o han podido influir muy diversos y variados factores a la hora de desarrollarse una conducta sexual con una persona menor de 16 años, de modo que de ellos y de su apreciación pueda depender la consideración como delictiva o no de dicha conducta sexual. Por lo tanto, habría sido preferible fijar legalmente una edad de asimetría determinada, como por ejemplo 5 años, y haber prescindido de otros elementos valorativos tan indeterminados y poco evidenciables como la proximidad en el grado de desarrollo o madurez.

Pero, a nuestro entender, el aspecto más criticable sin duda es la doble y contradictoria consideración del legislador respecto de la capacidad de la persona menor de edad. Resulta muy censurable que mientras se niega a la persona menor de edad la capacidad de decidir libremente sobre el ejercicio activo de su sexualidad para con otro sujeto con carácter general —y de ahí, la protección de su indemnidad sexual—, por considerarlo inmaduro e inadecuada una relación sexual con un tercero, y, por ello, digno de protección, se admita casi a reglón seguido su capacidad decisoria, siempre y cuando se trate de personas próximas en edad.

Si el fundamento de la protección de la indemnidad sexual es la carencia de capacidad decisoria y la ausencia de una formación suficiente de la esfera sexual del sujeto, resulta incomprensible que tal capacidad sí se reconozca cuando se realicen acciones sexuales con un sujeto en *par conditio*, como si de dos comprensiones inmaduras de la realidad pudiere arrojarse, en su conjunción, un verdadero consentimiento libre y jurídicamente relevante.

Una consideración final, añadida a las efectuadas, resulta de advertir que el 184 quáter del Código Penal solo acude a elementos personales, pero no a factores objetivos como elementos de atipicidad. Así, cabe preguntarse si conductas sexuales de contenido inadecuado para el libre desarrollo de la personalidad sexual (como por ejemplo, el masoquismo), serían aceptables aun entre sujetos próximos en edad y desarrollo o madurez (teniendo en cuenta que en la reforma se suprime la figura de la corrupción de menores), mientras que relaciones sexuales normalizadas en el contexto de un marco afectivo entre sujetos con menor proximidad serían punibles penalmente.

En resumen, se trata de una medida con la que se pretende emplear el Derecho Penal como instrumento de educación sexual con una fuerte limitación y restricción de la aptitud para el desarrollo de conductas en tal esfera de la intimidad de los menores, que podría dar lugar a la criminalización no solo de adultos, sino también de otros menores.

7.1.12. 2 Despenalización de la corrupción de menores.

La nueva regulación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal no contempla la corrupción de menores, en los términos explicados respecto del actual art. 189.4 CP, siendo sustituido este precepto por otro de contenido dispar, por cuanto el futuro 189.4 PRCP viene a sancionar *“la asistencia a sabiendas a espectáculos*

exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección". De esta forma, cabe plantearse las consecuencias penales de tal ausencia de regulación.

Si bien hemos señalado un cierto carácter "residual" del precepto del art. 189.4, ello no obsta que sostengamos el sentido y la relevancia en el tratamiento jurídico-penal de los delitos sexuales contra personas menores de edad de la regulación de la corrupción de menores, por cuanto viene a sancionar específicamente aquella conducta que lesione de modo específico el libre desarrollo de la personalidad sexual de la persona menor de edad.

Como ya se ha explicado, en el caso de las personas menores de 13 años (futura de 16 años), todos los actos que se desarrollen en la esfera sexual para con los mismos serán, a priori, delictivos, con la salvedad de la cláusula contenida en el art. 184 quáter PRCP, que, recordemos, excluye la tipicidad ante la misma edad y grado de desarrollo o madurez. Ahora bien, nada dice el art. 184 quáter del contenido de las prácticas sexuales desarrolladas y su eventual repercusión negativa para el desarrollo de la personalidad sexual de la persona menor de edad.

De hecho, no resulta artificioso imaginar que entre próximos en edad y semejante grado de desarrollo o madurez (es decir, conductas sexuales exentas de responsabilidad penal, *ministerio legis*) puedan desarrollarse actuaciones de carácter nocivo para la indemnidad sexual de la persona menor de edad (ej.: comportamientos sexualmente patológicos, como las llamadas *parafilias*, según los estándares psiquiátricos del CIE-10 y DSM-V).

Por ello, la semejanza o proximidad no resulta, en definitiva, una carta de naturaleza suficiente para predicar la "inocuidad" de las relaciones sexuales. De la misma forma, tampoco resulta hoy elemento suficiente para predicar la existencia de corrupción de menores una mera asimetría de edad, como ya hemos analizado en otro momento.

Respecto de los mayores de 16 años, podemos encontrarnos ante conductas sexuales sin engaño, ni intimidación ni violencia —por tanto y a priori, lícitas por producirse entre iguales—, pero que efectivamente lesionen el libre —no patológico— desarrollo de la personalidad sexual, y que, fruto de la despenalización de la corrupción de menores, se encaminan a la completa impunidad.

Así pues, sin perjuicio de que el debate sobre esta materia excede los límites del objeto concreto de estudio de la presente aportación, no podemos dejar de significar como un elemento negativo la eliminación del precepto regulador de la corrupción de menores en el conjunto de normas que regulan el llamado *Derecho Penal Sexual*. Entendemos que se debería, de *lege ferenda*, realizar a una nueva reflexión sobre las consecuencias y riesgos de la preterición de esta norma en el sentido de la generación de una posible laguna punitiva de relevancia, cuando no, al menos, una incongruencia valorativa.

7.1.12.3 Implementación de los conceptos de pornografía de la Directiva 2011/93/UE.

Se formula por el Proyecto de Ley la incorporación de los conceptos de *pornografía* ya expuestos de la Directiva 2011/93/UE (cfr. art. 2.c de la norma, explicado en el Epígrafe 1º), adicionándolos al art. 189.1 CP.

Ante tal extremo, y sin perjuicio de las consideraciones ya sostenidas anteriormente, cabe destacar la extralimitación del concepto de *pornografía*, consecuente con una anticipación exagerada de la protección penal, que conduce a equiparar penalmente, a todos los efectos, realidades sustancialmente incomparables.

Así, se equiparan en el plano del reproche, con carácter general y salvo lo señalado en el futuro 189.6 del Código Penal —un precepto con un más que posible error conceptual arrastrado a lo largo de toda su tramitación, equiparando la pornografía aparentemente de menores [letra iv) del art. 2 c) de la Directiva] con la pornografía realista—, en paridad de condición la pornografía de menores real con la pornografía realista, en la que —recordemos— se simulan personas menores de edad inexistentes a través de programas informáticos o artificios análogos, donde la lesión a la infancia resulta a todas luces de menor intensidad o simplemente inexistente, tanto que resulta dudosa la necesidad de considerarla susceptible de integrar el objeto material un hecho delictivo evidente como lo es la pornografía con menores de edad reales. Y, de equiparar ambos objetos materiales, la respuesta penal debería ser diversa para ese subgénero de pornografía de menores de edad.

Son especialmente dos los aspectos dignos de comentario crítico en este epígrafe. El primero, la punibilidad de la pornografía realista. Su naturaleza —una mera creación informática— lleva a que abogemos por una más que restrictiva aplicación

de tal concepto, reservando la sanción penal para aquel caso en que la recreación sea, a todas luces, confundible por su perfección técnica con seres humanos reales, de forma que resulten susceptibles de engañar a un espectador medio sobre su realidad de una manera continuada. De modo que si la imagen o video creado es susceptible de ser identificado como recreación informática o similar, el bien jurídico de la infancia resulta ileso o, a lo sumo, se habría intentado lesionar por un medio inidóneo (no peligroso), con lo que debería ser impune.

El segundo, la alusión en reiteradas ocasiones en las definiciones típicas de las distintas clases de pornografía a los “fines principalmente sexuales” respecto de las imágenes. Esa suerte de animismo es censurable dogmáticamente, por cuanto la finalidad no es un elemento ínsito en la imagen, sino en el espectador de la misma. Por ello, las imágenes no tienen fines, solo representan situaciones o actos. La finalidad debe ser, en todo caso, un elemento subjetivo del tipo, pero no parte de una definición auténtica de pornografía de personas menores de edad. Así, la película de un bebé desnudo tomada por sus padres no puede ser considerada pornográfica, pero si cae en manos de un pedófilo lo sería a todas luces. Luego, el carácter pornográfico del material lo atribuye el espectador del mismo y no el material en sí mismo.

7.1.12.4 Equiparación penológica de la posesión pornográfica, la adquisición y el acceso a sabiendas a través de las TIC, para uso propio (nuevo art. 189.5 PRCP).

En esta ocasión, la crítica es doble. En primer lugar, castigar el acceso a sabiendas, a través de las tecnologías de la información y de la comunicación al material pornográfico, supone un adelantamiento extraordinario de las barreras penales. Cabe preguntarse cómo y de qué forma puede aseverarse un acceso “a sabiendas” en la intimidad del uso de un ordenador portátil. Salvo una mayor concreción legal, suscita, a nuestro entender, un foco de conflictos futuros para los internautas. No es fácil determinar cuándo se navega en busca de pornografía lícita y de pornografía de personas menores de edad. Las posibilidades de error por parte del usuario son amplias. Habría bastado con una coerción administrativa para el sujeto que buscarse y tratarse de acceder “reiteradamente” a *websites* de esta índole.

En segundo lugar, al equiparar penológicamente las conductas de posesión, adquisición y de mero acceso se está provocando un efecto criminógeno. Esto es, si

la sanción por acceder es la misma que por poseer o adquirir pornografía de personas menores de edad, se optará por las últimas conductas, más lesivas que el mero acceso. Pero incluso, el que adquiere material no tiene la opción de desprenderse de él para no poseerlo e incurrir en el delito. Es decir, no hay lugar para el desistimiento.

En suma, nos encontramos ante el paroxismo del prelegislador que, empeñado en una ultraprotección de la infancia y la juventud, desatiende numerosos principios generales del Derecho Penal; entre otros, el de proporcionalidad de las sanciones, el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos, dando entrada a concepciones moralizantes sobre las conductas sexuales de menores con terceros.

7.2 Derecho Penal salvadoreño

El código penal salvadoreño regula a los delitos vinculados con la pornografía de personas menores de edad en el Título IV de los *“Delitos contra la libertad sexual”*, dentro del Capítulo III que regula *“otros ataques a la libertad sexual”*. El vigente Código Penal, el cual fue aprobado por Decreto Legislativo n° 1030, de 26 de abril de 1997, en un principio tipificaba el delito de *“Utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas”* como *“el que utilizare a un menor de dieciocho años, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a sesenta días multa”*.

Los avances tecnológicos y la facilidad de acceso a estos recursos, y en particular a Internet, llevó al legislador salvadoreño en el año 2003¹⁶ a reformar y reforzar los tipos penales de delitos vinculados con la pornografía de menores. En este sentido, actualmente el art. 173 tipifica la Utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía como *“el que produzca, reproduzca, distribuya, publique, importe, exporte, ofrezca, financie, venda, comercie o difunda de cualquier forma, imágenes, utilice la voz de una persona menor de dieciocho años, incapaz o deficiente mental, sea en forma directa, informática, audiovisual, virtual o por cualquier otro medio en el que exhiban, en actividades sexuales, eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas, será sancionado con prisión de seis a doce años.*

¹⁶ Mediante Decreto Legislativo. N° 210, del 25 de noviembre del 2003, publicado en el D. O. N° 4, tomo 362, del 08 de enero del 2004.

Igual sanción se impondrá a quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior, en acciones pornográficas o eróticas”.

Y el artículo 173-A tipifica a la “Posesión de pornografía” como “*el que posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de dieciocho años, incapaces o deficientes mentales, en actividades pornográficas o eróticas, será sancionado con pena de dos a cuatro años”.*

Asimismo, el Artículo 173-B establece la aplicación de la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo establecido de la pena y la inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, si estos delitos fueran realizada por:

- a) ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados, cónyuges, conviviente y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- b) funcionario, empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad;
- c) la persona encargada de la tutela, protección o vigilancia de la víctima; y,
- d) toda persona que se prevelezca de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.

7.2.1 Utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía

7.2.1.1 Bien jurídico protegido.

En el ámbito doctrinal existen diferentes posturas en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de utilización de personas menores de 18 años e incapaces en pornografía.

En un primer momento surgió la corriente doctrinal que consideró a la *libertad sexual* como el bien jurídico protegido, denominándose a esta corriente como *jurídico-*

individual, y que comprende a su vez, tres concepciones distintas (Aboso & Zapata, 2006).

La primera es la concepción positiva o dinámica de la libertad sexual, para la cual la autodeterminación sexual abarca la facultad de ejercer en forma libre la propia sexualidad. Es asimismo una manifestación de la libertad personal singularizada en la facultad general de autodeterminación voluntaria en la esfera sexual (Aboso & Zapata, 2006). No obstante, esta postura fue objetada al vincular esta concepción de libertad sexual con las personas menores de edad, pues estas no poseen la capacidad de consentir o rechazar las intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual (Muñoz, Derecho penal. Parte Especial, 1996).

En respuesta a esta crítica, la concepción negativa o estática de la libertad sexual interpreta que la protección de la libertad sexual conlleva una restricción que, en términos generales, obliga a todos los individuos de abstenerse a mantener contactos sexuales con quienes no prestan su consentimiento, o que no están capacitados para expresarlo (Suárez, 1995). Consecuentemente, esta restricción abarca a las personas menores de edad y a las incapaces, dada su imposibilidad de exteriorizar un consentimiento válido (Aboso & Zapata, 2006).

Incluso —añade Boldova (2004)—, la protección de la libertad sexual abarca los supuestos en que dicho consentimiento se encuentra viciado, se distorsiona o está ausente. Y aun concurriendo un consentimiento no viciado, este es irrelevante para tomar parte en acciones o en espectáculos pornográficos. Así, el sujeto activo actúa con desprecio de una voluntad favorable que sabe inválida, comprometiendo de esta forma el ejercicio de la sexualidad del menor o incapaz al involucrarlo en la práctica de la pornografía.

Mientras que la concepción ecléctica de la libertad sexual la entiende desde sus dos aspectos: uno dinámico-positivo, como la facultad de la persona de disponer de su propio cuerpo; y otro, estático-pasivo, como la posibilidad de rechazar las agresiones sexuales que puedan producirse (Díez, 1985). Por consiguiente, tanto la concepción positiva como la negativa constituyen tendencias perfectamente armonizables que, lejos de oponerse, se complementan (Aboso & Zapata, 2006).

No obstante, la falta de capacidad de las personas menores de edad condujo a que se cuestionara a la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de utilización de personas menores o incapaces en pornografía, ya que estas carecen de

esta libertad por las características propias de su desarrollo físico y psíquico, el cual no les permite comprender el significado de los actos sexuales, por lo que carecen de la necesaria autonomía para determinar libremente su comportamiento sexual, incluso cuando estos externen su voluntad hacia el comportamiento sexual (Anónimo vs. Anónimo, 2006; Anónimo vs. Benavides, 2004; Anónimos vs. Escobar, 2004; Anónimo vs. Hernández, 2003; Anónimos vs. Rojas, 2005). Por lo tanto, por carecer de esta libertad, las personas menores de edad estarían excluidas de la tutela de la ley penal (Aboso & Zapata, 2006)

En este sentido, Boldova (2008) manifiesta que en las conductas específicamente relativas a la pornografía de menores el bien jurídico tutelado es propiamente la *indemnidad sexual* de la persona menor de edad, si bien se invocan además en el contexto de la pornografía otros bienes concurrentes o complementarios, tales como el derecho a la imagen, en tanto en cuanto la utilización sexual que supone la captación del sujeto pasivo en soporte mecánico o técnico con fines pornográficos es un menoscabo del derecho a la propia imagen; o incluso la mismísima “dignidad” del niño, niña o adolescente como persona.

Por lo tanto —añade el autor—, este bien jurídico se ajusta mucho más precisamente al contenido de lo injusto de este delito y lo libera en parte de sus fuertes raíces morales. Este bien jurídico se muestra complementario al de la libertad sexual, pero no se identifica con él, puesto que las conductas de utilización de personas menores de 18 años o incapaces en pornografía pueden ir asociadas o no a un atentado a la libertad sexual, pero lo que genuinamente representan es una agresión contra la personalidad sexual de esas personas especialmente vulnerables.

En esta misma línea se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia salvadoreña. Así, Moreno & Rueda (2004) consideran que en el delito de utilización de personas menores de 18 años o incapaces en pornografía, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores, así como de la intangibilidad en esta esfera de los deficientes mentales, con el fin de lograr la adecuada educación sexual y socialización correcta de los primeros y el respeto a la dignidad en este campo de los segundos. Por lo tanto, lo que se tutela con la protección de la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años es su libertad futura a través de la protección del normal desarrollo y evolución de su personalidad, para que, cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual (Anónimo vs. Hernández, 2003; Anónimo vs. Mejía, 2004).

Mientras que otro sector doctrinal afirma que el bien jurídico *integridad sexual* es el que mejor logra sortear las discrepancias en torno del bien jurídico libertad sexual, pues este abarca tanto a la libertad sexual de los individuos adultos como a la indemnidad sexual de las personas menores de edad e incapaces que les permitirá en el futuro tener la capacidad para decidir libremente sobre sus relaciones sexuales (Parma, 1999; Rincón & Naranjo, 2012). Así, la integridad sexual se identifica con todas aquellas agresiones dirigidas contra la libertad, indemnidad y desarrollo de la sexualidad del sujeto pasivo en su dimensión más amplia, que se relaciona directamente con la autonomía y dignidad inmanente de la persona humana (Aboso & Zapata, 2006).

En el caso del tipo penal de utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía regulado en el artículo 173 del Código Penal, el legislador salvadoreño lo ha colocado dentro del Título IV, que contiene a los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, con base en lo manifestado *ut supra*, consideramos que en este Título no solo se regulan delitos contra la libertad sexual, sino también contra la indemnidad sexual, por lo tanto, recomendamos modificar el Título IV como Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual.

Asimismo, hay que tener en cuenta los distintos supuestos que regula el tipo penal salvadoreño. En este sentido, en los supuestos de producción del material pornográfico es evidente que esos bienes jurídicos de naturaleza individual de los que es portador el niño, niña o adolescente son los que resultan o pueden resultar realmente menoscabados en la medida en que dicha persona menor de edad es utilizada directamente en la escena pornográfica (Boldova, 2008).

Mientras que en los casos de reproducción, distribución, publicación, importación, exportación, venta, comercio o difusión de pornografía de menores, Boldova (2008) considera que con estas conductas no se lesionan bienes jurídicos individuales, sino acaso un interés colectivo o social. Esto porque en dichos supuestos la lesión al bien jurídico individual del niño, niña o adolescente ya se encuentra plenamente consumada y, por lo tanto, no se intensifica tal lesión. Incluso esta podría no haber tenido lugar, por ejemplo, en el supuesto de adolescentes que cuelgan en la red relaciones sexuales lícitas mantenidas entre ellos o de sí mismos en actitudes o conductas representativas de una provocación sexual; o si la imagen ha sido captada de forma clandestina por un tercero, con lo cual se alega que podríamos estar ante un delito contra la intimidad (Boldova, 2008).

Así —continúa el autor—, el hecho de que la escena pornográfica quede reflejada en un soporte, si bien prueba la existencia de una lesión previa de la indemnidad sexual del menor, y a lo sumo la perpetúa en el tiempo, pero no la modifica. Por lo tanto, en los supuestos mencionados *ut supra* no se lesionan bienes jurídicos individuales, sino acaso un interés colectivo o social que trataría de conjurar el peligro de que, al existir un mercado que ofrece y demanda este producto, se repitan en el futuro abusos o actos de explotación contra personas menores de edad que sirvan a la elaboración de nuevo material pornográfico.

No obstante —añade Boldova (2008)— no hay que olvidar que al quedar fijada la imagen del niño, niña o adolescente en cualquier tipo de soporte, la difusión de dicha imagen comportará un atentado contra el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que en un contexto pornográfico es indisponible para la persona menor de edad. Por lo cual, aun cuando la víctima no sea identificable, no dejan de lesionarse con dicha conducta los derechos concretos y universales de toda persona a su honor, a su intimidad y a su propia imagen, implicando las conductas de distribución, publicación y comercio un riesgo de lesión en masa de estos derechos, puesto que los sujetos pasivos de estas conductas son personas concretas y reales.

Huelga aclarar que hasta el momento nos hemos referido a supuestos de utilización de personas menores de edad o incapaces reales. Pero en los casos de pornografía infantil literaria, virtual o en la pseudopornografía consideramos que no existe un bien jurídico sexual ofendido, dado que no se pone en peligro la indemnidad sexual de una persona menor de edad o incapaz. La sanción de este tipo de conductas persiguen, ciertamente, la moral del autor, o el riesgo del fomento de la posterior utilización de niños, niñas o adolescentes en pornografía, pero, aun en este supuesto remoto, no se está protegiendo a una víctima concreta y, por lo tanto, no se justifica la intervención penal (Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, 2011).

En conclusión, el tipificar como delito de utilización de personas menores de 18 años en pornografía a la pornografía virtual y la pseudopornografía —tal como lo hace el art. 173 del Código Penal salvadoreño— es atentatorio del principio de lesividad, pues se penaliza un estadio previo a la puesta en peligro del bien jurídico (De Luca & López, 2009; Morales F., 2002), llegándose incluso a cuestionar si no se está ante una forma de Derecho Penal de autor que busca sancionar la tendencia pederasta como tal, sin que afectan directamente a una persona menor de edad o incapaz (Muñoz, 2005).

7.2.1.2 Conducta típica.

La conducta típica regulada por el artículo 173 del Código Penal salvadoreño consiste en realizar actividades de producción, reproducción, distribución, publicación, importación, exportación, oferta, financiamiento, venta o comercio de material en el que se utilice a una persona menor de 18 años, incapaz o deficiente mental en actividades sexuales explícitas.

Así, en primer lugar, podemos identificar un verbo típico genérico, a saber, utilizar a personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales, esto es, instrumentalizarlos, con fines o en espectáculos sexuales o eróticos, pudiendo ser tanto públicos como privados. Por lo tanto, utilizar es lo mismo que usar en relación con actividades humanas y, por tanto, significa hacer participar al sujeto pasivo en actos cuya finalidad sea la exclusiva excitación sexual o en espectáculos de la misma naturaleza, espectáculos que pueden ser públicos en sentido usual, o destinado a un círculo más o menos restringido de personas, siendo lo mismo que la representación (Moreno & Rueda, 2004).

El tipo penal no exige colaboración entre el autor y la víctima, ya sea forzada o acordada, sino tan solo la instrumentalización sexual de esta por parte del primero. Por lo tanto, la voluntad del sujeto pasivo es irrelevante (Moreno & Rueda, 2004). Asimismo, la instrumentalización también comprende la captación furtiva de imágenes o escenas de carácter sexual de la persona menor de 18 años, incapaz o deficiente mental, porque también con ello se produce el involucramiento de este en un contexto sexual.

En cuanto a los espectáculos sexuales o eróticos, en estos se incluye también a los actos obscenos que incorporen conductas de tipo lúbrico, por ejemplo, la exhibición de genitales o bien de prácticas masturbatorias (García & Córdoba, 2004). Estas conductas son, en principio, ajenas a la red, es decir, la conducta típica no se verifica en la red, aunque posteriormente se pongan en circulación a través de esta.

En relación con los verbos rectores regulados en el art. 173, estos buscan penalizar toda la cadena de comercialización de pornografía de personas menores de edad, que va desde el productor hasta el vendedor, poniendo de manifiesto la voluntad del legislador de no dejar ningún resquicio de impunidad en esta clase de atentados contra la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales. Estos verbos rectores coinciden con los establecidos en el Protocolo

facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en cuanto a los verbos producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofertar y vender.

Para la doctrina, los múltiples verbos rectores establecidos por este tipo penal son bastante claros (De Luca & López, 2009). En este sentido, la Real Academia Española (RAE, 2013), en cuanto al verbo *producir*, establece en dos de sus acepciones gramaticales que este verbo consiste en la acción de procurar, originar, ocasionar, fabricar y elaborar cosas. Por lo tanto, se producirá pornografía de menores cuando se lleve a cabo cualquiera de los verbos antes mencionados.

No obstante, tal como manifestábamos *ut supra*, debe quedar al margen de la conducta típica la producción de imágenes de un niño, niña, adolescente, incapaz o deficiente mental inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, cuando se realiza exclusivamente para uso privado y el acto no entraña riesgo de difusión del material. Esto porque en este caso no hay sujeto pasivo real alguno, por lo que en realidad la razón de la exclusión de la penalidad tiene que ver más con la dudosa legitimidad que tiene la incriminación de hechos carentes de lesividad concreta y solo portadores de un potencial pero inseguro estímulo hacia la explotación sexual de menores reales. Además, como acertadamente fundamenta Boldova (2008), la expresión “imágenes realistas de un niño inexistente” adolece de una enorme indeterminación, de forma que apreciar realismo en montajes o animaciones abre las puertas de la arbitrariedad de quien tenga que verificar dicho aspecto.

Asimismo, no produce pornografía la persona menor de edad o deficiente mental que capta su propia imagen, ni cuando la captación proceda de terceros, por ejemplo, la pareja de adolescentes que graban voluntariamente sus actividades sexuales, sin obviar que estas imágenes podrían convertirse en material pornográfico susceptible de tráfico delictivo desde el momento en que se ponga a disposición de terceros por parte de otro que no sea la propia persona menor de edad afectada.

En cuanto al verbo *reproducir*, este se ejecuta cuando se saca copia de una obra de arte, un texto, una imagen o una producción sonora o audiovisual (RAE, 2003), que, para el caso del delito en estudio, consistiría en una imagen o producción con contenido de pornografía de menores de edad. Asimismo, *distribuir* comprende las acciones de entregar una mercancía —en este caso, la pornografía de menores— a los vendedores y consumidores (RAE, 2003). Esta distribución puede realizarse de ma-

nera activa, por ejemplo, a través de correos electrónicos, chats (IRC) o *newsgroup*; o de manera pasiva, por ejemplo, a través de un programa de intercambio de archivos a través de Internet (De Luca & López, 2009); y puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. Igualmente, la conducta de distribuir pornografía de menores de edad se cumple independientemente del número de destinatarios del material pornográfico. Así, este puede ser entregado a una persona, a un círculo de personas concretas o a un público indeterminado (De Luca & López, 2009).

En lo referente al verbo *publicar*, la RAE (2013) lo define como hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo que se quiere hacer llegar a noticia de todos, así como difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera un escrito, una estampa, etc. Así, tal como mencionábamos *ut supra*, además de los medios tradicionales de publicación, la acción de publicar puede producirse a través de sitios *web*, a los que se accede a demanda y a través de *links* y buscadores. Asimismo, en cuanto a los espectáculo pornográficos, estos pueden publicarse en tiempo real a través de cámaras *web* (De Luca & López, 2009).

El tipo penal salvadoreño también regula los verbos *importar* y *exportar*. En cuanto al verbo *importar*, este es entendido en su acepción tradicional como introducir en un país géneros, artículos o sustancias de procedencia extranjera, lo que para el caso del delito en estudio, equivaldría a la acción de introducir en el país material pornográfico (RAE 2013). No obstante, la Real Academia Española, para su vigésima tercera edición del *Diccionario de la lengua española* DRAE, ha propuesto incorporar una nueva acepción del verbo *importar* para el ámbito de la informática, entendiendo a esta acción como el obtener información, generalmente en forma de archivo, de otro programa o de un periférico de una computadora. Esta nueva acepción se encuentra estrechamente vinculada con el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía, pues también ejecutaría la conducta típica el sujeto que obtenga un archivo o imagen con contenido pornográfico infantil desde otro dispositivo, ya sea con el consentimiento del usuario o de forma clandestina.

Situación similar sucede con el verbo *exportar*, el cual en su acepción tradicional es definido como la acción de vender géneros a otro país (RAE 2013), que, en nuestro caso de estudio, consistiría en vender material pornográfico infantil a otro país. Mientras que la acepción informática del verbo *exportar* propuesta para la vigésima tercera edición del DRAE, contempla la acción de enviar información, generalmente en forma de archivo, a otro programa o a un periférico de una computadora. Por lo tanto,

bajo esta acepción, sería típica la acción del sujeto activo que envíe un archivo conteniendo pornografía de menores a otro dispositivo, independientemente de la voluntad del receptor, o de la cantidad de estos.

Mientras que *ofrecer*, en su acepción gramatical, es entendido como comprometerse a dar, hacer o decir algo (RAE 2013), en este caso, imágenes o soportes que contengan pornografía de personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales. La acción de ofrecer implica, asimismo, el presentar y dar voluntariamente algo, por lo tanto, el sujeto que ejecuta la acción de ofrecer pornografía de menores debe conocer y querer enviar este tipo de material. Por lo tanto, no ofrece pornografía de menores quien desconoce el contenido del material que envía, o lo hace bajo coacción.

En cuanto a *financiar* actividades vinculadas con la utilización de menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales en pornografía, esta debe entenderse como la aportación de medios financieros o económicos para cubrir los costes de esa actividad o la remuneración de sus ejecutores (RAE 2013). La tipificación como delito de la financiación de cualquiera de esas actividades es relevante, pues hace que encaje sin dificultades en la autoría directa o coautoría de este delito la conducta del que produce, publica o distribuye pornografía de personas menores de edad (De Luca & López, 2009) (Tazza & Carreras, 2008). Asimismo, esta conducta comprende no solo el aporte dinerario tendiente a sufragar la producción y desarrollo de los espectáculos o productos pornográficos, sino también la compra de voluntades de los propios niños, niñas, adolescentes, incapaces o deficientes mentales; o de las personas que tengan autoridad sobre estos (Rodríguez C., 1999).

Es importante tener en cuenta, como acertadamente apunta Boldova (2004), que la conducta de financiación de la utilización de personas menores de edad, incapaces o deficientes mentales en pornografía no comprende la conducta del que paga por una imagen o video pornográfico o por asistir al acto exhibicionista; aun cuando se justifique el comprador, con su contribución económica promueve la comisión del delito y participa en la acción sexual exhibicionista o pornográfica como sujeto pasivo. Sin embargo —continúa el autor—, esta interpretación algo forzada del tenor literal no es la más adecuada ni dogmática ni político-criminalmente. Así, se estaría situando a un mismo nivel de injusto y de reproche al explotador y al espectador, cuando sin duda el primero realiza un hecho mucho más grave que el segundo y por ello más reprochable: se sirve del sujeto pasivo tanto sexual como económicamente. Pero lo

más importante es que tiene el dominio del hecho, algo que no puede predicarse del asistente o espectador. Lo contrario, además, conduciría a una inflación del Derecho Penal y a no ser congruentes con el principio de intervención mínima. Por lo tanto, concluye que no se puede considerar autor de la financiación de la pornografía o del espectáculo infantil al mero consumidor o espectador o adquirente de estos productos.

Entonces, parece, en un primer momento, que hay una laguna de impunidad para el comprador o espectador de pornografía de personas menores de edad. No obstante, en cuanto al comprador, consideramos que, si bien el tipo penal salvadoreño no tipifica concretamente la acción de comprar este tipo de material, el supuesto de impunidad es realmente muy reducido, pues la conducta del comprador está abarcada en el tipo penal del delito de posesión de pornografía regulado en el artículo 173-A del Código Penal salvadoreño. Por lo tanto, en nuestra opinión, el único espacio temporal de impunidad del comprador de pornografía de menores se daría en el momento en que realiza una solicitud al vendedor y efectúa el pago, pero aún no ha recibido el material pornográfico solicitado; dicho momento puede ser considerado un acto preparatorio para el delito de posesión de pornografía, y, por lo tanto, sería impune, dado que el comprador no ha dañado con esta conducta previa a la posesión el bien jurídico protegido.

Caso distinto será el del traficante de pornografía de menores, que compra material pornográfico para ser vendido o distribuido a terceros, pues esta conducta se enmarcaría en la conducta típica *comerciar*, que en su acepción gramatical es entendido como negociar comprando y vendiendo o permutando géneros (RAE 2013). No obstante, De Luca & López (2009) son de la opinión de que hubiera sido preferible no sancionar el comercio de pornografía de personas menores de edad, pues también incluye a la compra, para mantener coherencia con la no sanción de quien adquiere dicho material.

Resulta más cuestionable la figura del “cliente” que asiste a espectáculos pornográficos en los que participan personas menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales. Esto, porque el artículo 173 especifica que es típica la conducta del que participare en este tipo de espectáculos, y en este sentido cabría discutir qué se entiende por participación, dado que en su acepción gramatical esta es entendida como tomar parte en algo. En este sentido, en nuestra opinión, el tipo penal va dirigido para aquellas personas que participan activamente en el espectáculo pornográfico, pero no para aquellos que son meros espectadores. Además, y uniéndonos a la pos-

tura de Boldova (2004), estaría en contra del principio de lesividad el castigar con el mismo nivel de injusto y de reproche tanto al que participa activamente en el espectáculo pornográfico como al espectador.

En línea con esta interpretación, la conducta del mero espectador de este tipo de espectáculos no debería de castigarse con el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces, sino con el delito de omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos, regulado en el artículo 309 del Código Penal salvadoreño.¹⁷

Por otra parte, De Luca & López (2009), apuntan que debe tenerse cuidado con la automática equiparación de acciones y omisiones derivadas de supuestos deberes de evitación, por no estar estos previstos en la ley penal.

En cuanto al verbo *vender*, su acepción gramatical significa traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee, o exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar, siendo, en este caso, el traspasar ofrecer o exponer material pornográfico infantil a cambio de un precio (RAE, 2013).

Finalmente, en cuanto al verbo *difundir*, en su acepción gramatical, es entendido como la acción de extender, esparcir, propagar físicamente, así como el propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc. (RAE, 2013). Así, para De Luca & López (2009), la razón de la sanción de la difusión de la pornografía de menores, se centra en la afectación a los derechos de las personas involucradas, pues han tenido que ser explotadas sexualmente, y no por la eventual incitación a cometer actos similares.

No obstante, en el ámbito jurisprudencial la conducta típica de difundir ha generado interpretaciones encontradas. Así, la sentencia dictada el 3 de febrero de 2003 por la Sección Quinta de la Corte de Casación italiana (como se citó en Aboso & Zapata, 2006, pág. 162) esta interpretó que el enviar imágenes pornográficas de personas menores de edad a través del chat, no se equipara a la difusión de dicho material pornográfico,

¹⁷ Art. 309.- El que teniendo conocimiento cierto, de que se fuere a cometer un delito contra la vida o la integridad personal, la seguridad colectiva, la salud pública, la libertad individual o sexual y no existiendo peligro o daño para sí o para sus parientes, no lo pusiere en conocimiento del amenazado o de la autoridad, será sancionado con prisión de seis meses a un año, si el delito hubiere comenzado a ejecutarse.

Si las conductas anteriores se realizaren respecto de los delitos de extorsión o secuestro la sanción será de cuatro a ocho años de prisión.

por considerar que el chateo es una comunicación de persona a persona, que no está alcanzada por el concepto de difusión, que implica una comunicación plural. Mientras que en la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2000 del Tribunal de Torre Annunziata (Italia) (como se citó en Aboso & Zapata, 2006, pág. 162), en un caso de envío de material de video pornográfico infantil a un correo electrónico, el Tribunal afirmó en la sentencia que sí existió divulgación del material pornográfico, siendo este un delito instantáneo, que se perfecciona en el lugar donde se comete dicha difusión, consumándose el delito en el momento en el que dicho mensaje sale de la esfera de disponibilidad del remitente.

En nuestra opinión, la acción de difundir ciertamente conlleva la propagación de la información a un grupo de personas, sobre todo basándonos en su acepción gramatical que la equipara a las acciones de extender, esparcir, propagar, las cuales no pueden realizarse si no existe un múltiple número de destinatarios. No obstante, esto no significa que quede impune la conducta de aquella persona que envía material pornográfico a través de chats o medios de comunicación de persona a persona, pues su conducta se encuadra en las acciones de ofrecer o, si se toma su acepción informática, en la conducta de exportar, en la medida que se envía el material pornográfico en forma de archivo, a otro programa o a un periférico de una computadora.

En conclusión, no obstante la multiplicidad de verbos rectores regulados por el tipo penal salvadoreño, las acciones típicas pueden superponerse y no es necesario que su realización sea continua, bastando con que el sujeto activo realice al menos uno de los verbos rectores para que cometa la conducta típica. Por lo tanto, no es necesario acreditar la reproducción, distribución, publicación, difusión o cualquier conducta posterior a la utilización de la persona menor, incapaz o deficiente mental, pues con la efectiva involucración del sujeto pasivo en un contexto sexual ya se estaría ejecutando la conducta típica (Moreno & Rueda, 2004; Rincón & Naranjo, 2012).

7.2.1.3 Sujeto activo.

El sujeto activo es cualquiera persona común que ejecute la conducta típica (Moreno & Rueda, 2004; Rincón & Naranjo, 2012). Por lo tanto, el sujeto activo de este delito es quien produce, reproduce, distribuye, publica, importa, exporta, ofrece, financia, vende, comercia o difunde el material pornográfico. Esta multiplicidad de conductas conlleva a que tanto los sujetos que participan directamente en la escena sexual incorporada al material, como los productores y los distribuidores sean considerados sujetos activos.

De igual forma, es indiferente para el tipo penal si los sujetos obran con ánimo de lucro o conforme a su tendencia sexual. Por lo tanto, no son relevantes la motivación y sobre todo los defectos de la personalidad sexual del sujeto activo. No obstante, Boldova (2008) observa que cuando el sujeto activo sea un pedófilo, a pesar de que en este concurre un trastorno de la personalidad sexual, esto no se refleja ni en la medida de la culpabilidad, pues se considera un vicio de la personalidad que no afecta a su imputabilidad penal, ni tampoco en la penalidad prevista en la ley. Sin embargo, apunta que tendría que preverse su tratamiento o recuperación, en caso de encontrarnos ante un pedófilo diagnosticado pericialmente como tal.

7.2.1.3.1 Personas menores de 18 años.

En un primer momento, se espera que el sujeto activo de estos delitos sea una persona mayor de 18 años. No obstante, si una persona mayor de 12 años pero menor de 18 comete la conducta típica del delito en estudio, no se cuestiona su responsabilidad penal, y, con base en el artículo dos de la Ley Penal Juvenil salvadoreña, si el sujeto activo fuera mayor de 12 años pero menor de 18 estará sujeto a dicha Ley.

Distinto es el caso del *sexting*, que como hemos afirmado *ut supra* es cada vez más popular entre adolescentes. No obstante, nos sumamos a Jaishankar (2009) y Miró (2012), que consideran que los casos de *sexting* se diferencian de los casos de utilización de niños, niñas o adolescentes en pornografía. Incluso Miró (2012) propone catalogarlo como un delito sin víctima, por consistir en un intercambio voluntario de imágenes que están socialmente desaprobadas y legalmente prohibidas.

Asimismo, el *sexting* no constituye una lesión al bien jurídico protegido por el delito de utilización de personas menores de 18 años en pornografía. Sin embargo, sí podrían darse lesiones posteriores derivadas de esta conducta. Así, el *sexting* puede ser el primer paso para posteriores conductas de acoso tales como el *cyberbullying*, la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el *grooming*, o la difusión de las imágenes a terceros puede desencadenar en posteriores conductas de distribución o difusión de pornografía de menores. Por lo tanto, la peligrosidad del *sexting* reside no tanto en la conducta de la persona menor de edad en sí misma, sino en el contexto tecnológico actual, pues las imágenes producidas por el mismo niño, niña o adolescente pueden ser difundidas de manera amplia y rápida, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de estos contenidos de carácter sexual (Agustina, 2010) (Miró, 2012).

7.2.1.3.2 *Personas jurídicas.*

Actualmente se discute la responsabilidad de las personas jurídicas vinculadas con la comisión de delitos de pornografía de personas menores de edad, principalmente en cuanto a la posibilidad de considerar responsables de estos delitos a los proveedores o prestadores de servicios de Internet en relación con los contenidos que transmiten o almacenan a través de la red. Así en la sentencia NStV 1998 de la Audiencia General de München (como se citó en Aboso & Zapata, 2006, pág. 44), una empresa responsable de un servidor de Internet alemán fue condenada como coautora en comisión por omisión en el delito de difusión de publicaciones pornográficas, por no haber instalado los filtros necesarios para evitar la distribución de fotos pornográficas de menores de edad, que fueron almacenadas en su servidor y cuyo origen era desconocido.

En este sentido, se afirmó la posibilidad de admitir la posición de garante del proveedor del servicio telemático sobre los contenidos publicados o distribuidos. No obstante, como acertadamente observan Aboso & Zapata (2006), con esta interpretación se corre el riesgo de caer en la responsabilidad objetiva prohibida en Derecho Penal, por una malentendida finalidad preventivo-general.

No obstante, esta sentencia fue revocada en segunda instancia (Sentencia 20 Ns 465, Js 173158/95 del Tribunal de Distrito de München como se citó en Aboso & Zapata, 2006, pág. 44), pues el juez *ad quem* cuestionó la comprobación de la coautoría, ya que en este caso no se configura el dominio compartido o funcional del hecho incriminado. Además, tampoco se pudo comprobar que la empresa actuara con dolo, puesto que la empresa desconocía el contenido del material distribuido. Así, aunque a través de sus portales o servicios se puede realizar o facilitar el tráfico de pornografía infantil de terceros, mientras dicho favorecimiento no sea doloso, la empresa no incurre en responsabilidad, ni como autora ni como partícipe, a menos que tenga conocimiento del contenido del material transmitido o almacenado a través suyo y le asista la posibilidad técnica de ejercer control sobre la información.

En el caso salvadoreño, el artículo 173 del Código Penal no hace mención específica con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, pero se cuenta con otras disposiciones dentro de la legislación penal que regulan la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Así, el art. 38 regula que la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial cuando un directivo, representante legal,

o administrador de dicha persona jurídica cometiere el delito en su representación. En relación con este artículo, el artículo 121 del mismo Código establece que la responsabilidad civil subsidiaria especial sucede cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado es una persona jurídica, o en su caso, el Estado o cualquiera de sus entes autónomos.

En este sentido, en el caso de las personas jurídicas, estas resultan obligadas subsidiariamente cuando:

- 1) la persona jurídica es dueña de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho se suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;
- 2) los gerentes, administradores o personeros legales de la persona jurídica que resulten responsables de los hechos punibles; y,
- 3) los que señalen las leyes especiales.

En el caso del Estado, este resulta obligado subsidiariamente por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley.

En este mismo sentido, el artículo 120 regula la responsabilidad civil subsidiaria común, y establece que responden civilmente las personas naturales dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral.

Otra consecuencia jurídica regulada por el artículo 126 del Código Penal, en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, es la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho. Así, el juez o tribunal ordenará la pérdida del producto, de las ganancias y de las ventajas obtenidas por la persona jurídica con motivo del hecho, en favor del Estado. Esta pérdida comprenderá los valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título, con motivo o como resultado del hecho.

Por lo consiguiente, podemos afirmar que El Salvador actualmente se rige por un *sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad*, conforme al cual la responsabilidad de las personas jurídicas se deriva de la comisión de delitos por parte de

las personas físicas que representan o administran de hecho o de derecho la sociedad. Sin embargo, a nuestro juicio, el Código Penal salvadoreño, por un lado, debería permitir la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando la persona física que comete el delito en su provecho o beneficio no estuviera individualizada o no hubiera sido posible dirigir el procedimiento contra ella (así en el art. 31 bis. 2 del CP español) y, por otro lado, dado el sistema vicarial, la responsabilidad de la persona jurídica está basada en hechos ajenos y por ello no se ha logrado formular un criterio autónomo que permita atribuir a esta (siquiera parcialmente), y no a la persona física, la imputación jurídico-penal.

Para ello no basta con que el delito lo cometa la persona física en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica, sino que debería estar incorporado de forma generalizada el criterio de que el delito se base en un defecto de organización relevante. Así llegamos al sistema de culpabilidad de empresa, que fundamenta la responsabilidad de las sociedades en la falta de organización interna de la misma que posibilita la comisión de delitos por parte de las personas físicas integradas o dependientes de la sociedad o empresa. Esto significa que debería aplicarse a las personas jurídicas el sistema mixto, que aúna factores de ambos sistemas, partiendo del principio de transferencia como criterio de imputación, para luego individualizar las penas en función de la culpabilidad de la empresa de acuerdo a la falta de organización (Juanes Peces, 2010).

Ahora bien, existe otro debate en cuanto al tipo de responsabilidad en la que incurre la persona jurídica, a saber, si es de tipo civil o penal. En un principio, sabemos que el derecho penal se gobierna por el principio *societas delinquere non potest*, y por lo tanto las personas jurídicas no incurren en responsabilidad penal. No obstante, en los últimos años, hay legislaciones que han optado por regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal es el caso de Francia y España. Así, en la legislación francesa, la ley del 9 de marzo de 2004, que estableció una nueva regulación sobre la adaptación de la justicia a la evolución de la criminalidad, prevé la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con excepción de los delitos cometidos por la prensa (Aboso & Zapata, 2006).

De forma similar, la legislación española, en virtud del artículo 31 bis del Código Penal,¹⁸ establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exi-

18 Art. 31 bis.- 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus

gible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por sus representante legales o administradores de hecho o de derecho; y al mismo tiempo establece que las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales por cuenta y en su provecho, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.
4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
 - a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
 - c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
 - d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

En este sentido, el artículo 33 del Código Penal español regula, en su número 7, las penas aplicables a las personas jurídicas, a saber:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.¹⁹

En esta línea, Aboso & Zapata (2006) se manifiestan a favor de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y afirman que es necesario delimitar la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet y reexaminar, las

19 Art. 33 inc. final.- La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

limitaciones impuestas por el principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, en nuestra opinión, si bien una adecuada sanción a las personas jurídicas garantizaría una mejor y efectiva persecución del delito, así como una apropiada indemnización y restitución de derechos de las víctimas, el responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no es una opción legislativa acertada; en primer lugar, porque no lo exige así la legislación internacional ³/₄ solo lo establece como una opción⁴, bastando con mantener la responsabilidad civil y administrativa de la persona jurídica, sobre todo porque las penas reguladas en materia penal coinciden con las sanciones civiles y administrativas que ya se establecen para las personas jurídicas (Alastuey Dobón, 2006). En segundo lugar, creemos que el regular la responsabilidad de las personas jurídicas conlleva a la expansión del derecho penal de un modo injustificado al existir sistemas alternativos de igual o superior eficacia penológica (Boldova, 2013; Gracia Martín, 1996; 1997; 2003).

En conclusión, aunque existan supuestos en los que las personas jurídicas puedan verse involucradas en delitos relacionados con la pornografía de menores, la evitación de la impunidad en estos delitos no justifica la sanción “penal” de las personas jurídicas. Así, si bien es necesario que se regulen más sanciones respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, estas deben ser de carácter administrativo o civil, sobre todo, cuando la utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía sea consecuencia de la falta de supervisión por parte de los órganos de control de la persona jurídica. Este aspecto actualmente se encuentra impune en la legislación salvadoreña que se limita a establecer la consecuencia del cierre de locales comerciales o de cualquier naturaleza cuando se realizaren en estas acciones constitutivas del delito de trata de personas (art. 367-B) (Bolaños, 2013a) (2013b).

7.2.1.4 Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en este delito es cualificado (Rincón & Naranjo, 2012), pues el artículo 173 expresamente regula que este castiga a los que utilicen en pornografía a personas menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales.

En cuanto al sujeto pasivo menor de 18 años, doctrinariamente existe la discusión en torno a la edad a partir de la cual la filmación o grabación de tales imágenes no constituirá un acto de pornografía de menores (Morillas, 2005). Así, mientras los instrumentos internacionales establecen los 18 años como límite de protección ante

este tipo de delitos, las distintas legislaciones nacionales (ver tabla 1) regulan variados límites de edad para consentir en actividades sexuales y para poder participar en actos de pornografía.

Por lo tanto, para Morillas (2005), no puede establecerse una frontera específica en cuanto a la edad debido a que esta variable cambia según la legislación estatal aplicable. Consecuentemente, el límite de los 18 años no es un criterio unánime o absoluto. Esta situación conlleva a que ciertos actos de pornografía de menores sean castigados en unos países e impunes en otros, por lo cual el autor sugiere fijar la frontera de edad de protección contra los delitos de este tipo de pornografía en los 18 años, para evitar los problemas de persecución e impunidad de este delito (Morillas, 2005).

Por otra parte, también es importante tener en cuenta los problemas de tipo probatorio que pueden surgir cuando la víctima es una persona menor de 18 años sobre todo aquellos que se encuentran en edad púber o en la adolescencia, pues pueden ser fácilmente confundidos como personas mayores de 18 años. A ello podrá asociarse el error de tipo del sujeto activo, que le eximirá de responsabilidad criminal, sea vencible o invencible (Boldova, 2008). Por lo tanto, en estos casos, dado el principio de *indubio pro reo*, deberá excluirse de responsabilidad penal al imputado cuando el error sea de tipo invencible. Es por esta razón, y en miras de evitar la impunidad en este tipo de delitos, que la prueba científica toma gran importancia.

Tabla 1

Edad de consentimiento en actividades sexuales y edad límite de protección contra la pornografía de personas menores de edad

País	Edad de consentimiento en actividades sexuales	Edad límite de protección contra la pornografía de menores
Alemania	14	14
Austria	14	14
Bélgica	16	16
Dinamarca	15	15
El Salvador	16	18
Finlandia	16	15
Francia	15	15

Grecia	15	18
Irlanda	17	17
Italia	16	18
Luxemburgo	16	18
Holanda	16	18
España	13	18
Suecia	15	18
Reino Unido	16	16
Estados Unidos	15	18

Nota: Adaptado de Morillas (2005, pág. 72).

Los incapaces también son sujetos pasivos de este delito conforme a la legislación salvadoreña, a pesar de que en la mayor parte de las legislaciones y en los convenios y tratados internacionales solo se menciona a las personas menores de edad. Así, en virtud del artículo 293 del Código de Familia se considera incapaz a toda persona que haya sido declarada su incapacitación, por padecer enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, o por sordera, salvo que la persona sorda pueda entender y darse a entender de manera indudable.

En lo referente a los deficientes mentales, en línea con lo anterior, serán aquellos que no hayan sido declarados incapaces y cuya situación mental no les permite comprender los actos de significación —en este caso sexual— y su trascendencia y, por lo tanto, no pueden determinarse libremente en relación con dichos actos (Moreno & Rueda, 2004) (Anónimo vs. Orellana, 2008).

En cuanto a la voluntad del sujeto pasivo, es irrelevante su posible consentimiento para participar en actos de naturaleza pornográfica. Es igualmente irrelevante el previo estadio de corrupción o no de este, pues no se trata de actos de iniciación sexual, ni en sentido estricto de mantenimiento en un estado de precocidad, sino de actos, *per se*, generadores de perjuicios (Conde-Pumpido, 2004).

Asimismo, con la delimitación expresa del sujeto pasivo quedan claramente fuera del ámbito de punición las actividades de contenido sexual en las que participen exclusivamente adultos, pues esta punición ha sido superada ya que consistía una imposición de cierta moral sexual (De Luca & López, 2009).

7.2.1.5 Tipo subjetivo.

Estos delitos solo pueden cometerse dolosamente, con dolo directo o con dolo eventual (De Luca & López, 2009; Tazza & Carreras, 2008). Por lo tanto, el sujeto activo debe conocer que se está produciendo, financiando, ofreciendo, comerciando, publicando, facilitando, divulgando o distribuyendo material que sabe pornográfico y que corresponde a personas menores de edad; y, asimismo, implica la voluntad de realización de todos los elementos del tipo objetivo. No obstante, en este delito también es necesario que el sujeto activo actúe con un elemento subjetivo de lo injusto adicional, esto es, con la tendencia a involucrar a la persona menor de edad, incapaz o deficiente mental en un contexto sexual de manera que se animen o satisfagan los apetitos sexuales propios o de un tercero. También se exige que el sujeto activo sea consciente de la edad del sujeto pasivo (Moreno & Rueda, 2004).

En cuanto al ánimo de lucro del sujeto activo, este no es consustancial a las acciones típicas, pues si bien el tipo penal incluye a los verbos rectores *vender* y *comerciar*, y menciona la utilización de personas menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales en espectáculos pornográficos, las acciones descritas en el tipo penal no tienen por qué estar animada por dicha finalidad, ya que existirán casos de utilización en pornografía de personas menores de 18 años, deficiente mentales o incapaces en los que no exista un ánimo de lucro. Piénsese, por ejemplo, en los intercambios de pornografía de personas menores de edad por Internet o en el pedófilo que fotografía desnudos a menores de edad para su sola y propia contemplación (Boldova, 2008).

De igual forma, es indiferente el ánimo del sujeto pasivo, pues basta con que actúe de esa forma el autor del delito. Es decir, quien ha de actuar con fines pornográficos es el sujeto activo, y no necesariamente también el sujeto pasivo, el cual puede aparecer como mero objeto sexual provocador, sin llevar a cabo una acción sexual. Así, por ejemplo, aunque el cuerpo desnudo por sí solo no constituye un acto pornográfico, la fotografía o filmación del desnudo de una persona menor de edad, deficiente mental o incapaz puede ser tomada con finalidad erótica, y además de atentar contra la intimidad o el derecho a la propia imagen del fotografiado o filmado, involucrarlo de manera efectiva en un contexto sexual (Córdoba & García, 2004).

En cuanto a los prestadores de servicio de Internet, *hosting*, etcétera, tal como nos manifestábamos *ut supra*, estos no incurrir en responsabilidad penal de-

bido a que en ellos no concurre un conocimiento efectivo de los contenidos ni de su ilicitud, además de que en la mayoría de los casos no podría existir tal conocimiento, por la inviolabilidad de las comunicaciones (De Luca & López, 2009). Asimismo, estos prestadores de servicios no están obligados al deber de vigilancia o supervisión de contenidos (Palazzi, 2008).

7.2.1.6 Objeto material y medios comisivos.

En cuanto al objeto material del delito en estudio, este es personalísimo, ya que es la misma persona menor de edad, incapaz o deficiente mental quien ha sido involucrada en las actividades pornográficas establecidas en el tipo penal (Rincón & Naranjo, 2012).

Respecto al medio comisivo, tal como manifestamos *ut supra*, además de los soportes tradicionales de imágenes, actualmente los sujetos activos se valen de los medios telemáticos como soporte en el que fijar y distribuir el material pornográfico. Principalmente, Internet es hoy en día el medio más utilizado para distribuir y publicar este tipo de pornografía debido a la facilidad con la que en esta red se aloja información que llega a todo el mundo; al anonimato para los usuarios e implicados y los bajos costes. Estos factores contribuyen a que la distribución y comercio de pornografía de menores de edad por Internet sea un “negocio” de alta rentabilidad (Aboso & Zapata, 2006; Fiscalía General del Estado, 2006).

No obstante, si bien la difusión de la pornografía de personas menores de edad en la red en sus primeros momentos fue realizada principalmente por grupos criminales organizados, en la actualidad también se da la producción y distribución por particulares adictos a este tipo de pornografía, que intercambian entre sí este material a través de los distintos medios telemáticos disponibles, tales como páginas web, chats, foros, comunidades, *news*, correos electrónicos, programas de intercambio de archivos, entre otros; así como el uso de la telefonía celular para transmitir esta clase de material, concretamente a través de mensajes de correo mms (*Multimedia Messaging System*) (Morales F., 2002).

7.2.1.7 Clasificación.

Este es un delito de resultado, consistente en la participación de la persona menor de edad, incapaz o deficiente mental en actos o espectáculos eróticos o porno-

gráficos. Asimismo, si se han iniciado los actos tendentes a lograr dicha participación, pero no se ha llevado a cabo, procede la aplicación de la tentativa. Particularmente, se podrá contemplar la tentativa en cuanto a la organización o participación en espectáculos eróticos o pornográficos en los que se utilicen personas menores de edad (Moreno & Rueda, 2004). No obstante, serán impunes los actos preparativos de utilización del sujeto pasivo para producir este tipo de pornografía siempre que en dichos preparativos no se hubiese implicado aún a las personas menores, incapaces o deficientes mentales (De Luca & López, 2009).

7.2.1.8 Concursos de delitos.

La producción de pornografía de personas menores de edad implica un proceso de violencia que se inicia con el reclutamiento de los niños, niñas o adolescentes, siguiendo con el abuso y sometimiento mientras se filma, fotografía o se realiza el espectáculo pornográfico; y se sostiene mediante la extorsión, que mantiene al sujeto pasivo bajo la voluntad de los productores de este tipo de pornografía (Rincón & Naranjo, 2012). Por lo tanto, durante la ejecución de este proceso el sujeto activo puede cometer otros delitos, por ejemplo, la oposición del sujeto pasivo a tomar parte en la acción sexual puede dar lugar al concurso ideal de delitos con el delito de lesiones, las detenciones ilegales, coacciones, amenazas violaciones o agresiones sexuales; o cualesquiera otros delitos que se llegaran a cometer para obtener la participación de la persona menor de edad, deficiente mental o incapaz.

Asimismo, el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía puede ejecutarse de forma simultánea con otros delitos contra la libertad sexual del sujeto pasivo, tales como corrupción de menores e incapaces (art. 167CP), determinación a la prostitución, entre otros, con los cuales cabrá apreciar el concurso real de delitos, siempre que estos sean ejecutados de forma independiente del delito en estudio.

7.2.2 Posesión de pornografía

7.2.2.1 Bien jurídico protegido.

El delito de posesión de pornografía se encuentra regulado en el artículo 173-A del Código Penal salvadoreño, dentro del Título IV, que regula a los delitos contra la

libertad sexual. Por lo tanto, podemos afirmar que el bien jurídico protegido por este delito es el mismo protegido por el delito de utilización de personas menores de 18 años, incapaces y deficientes mentales en pornografía, a saber, la libertad, integridad e indemnidad sexual del sujeto pasivo.

El castigo de la posesión de material pornográfico abusivo se fundamenta, principalmente, en que esta favorece las distorsiones cognitivas, incita a cometer este tipo de delitos y a seducir a las víctimas y, consecuentemente, contribuye al crecimiento y expansión de la explotación sexual de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces, por lo que se vuelve necesario cortar de raíz estas actividades delictivas a través del castigo de la posesión de pornografía de menores de edad. Por lo tanto, con la punición de la posesión de pornografía se previene que en el futuro se sigan utilizado a personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces, por la existencia de un mercado que demanda material pornográfico (Morales F., 2002; Regine vrs. Sharpe, 2001; The Social Trends Institute, 2011).

Asimismo, se fundamenta la punición de la posesión de pornografía de menores de edad en el hecho de que las personas que aparecen en este tipo de imágenes son explotadas por una industria pornográfica que emplea verdaderos actores, así como que la posesión de este tipo de imágenes puede, asimismo, constituir conductas de apología de la pornografía de menores (De Luca & López, 2009).

Incluso, el delito de posesión de pornografía ha llegado a ser comparado estructuralmente con el delito de receptación. Así, el receptor es responsable penalmente porque ataca al mismo bien jurídico que el delincuente originario —en este caso la propiedad— al perpetuar la situación patrimonial antijurídica creada por el ladrón y al mismo tiempo constituye un estímulo para que se comenten delitos contra la propiedad; de forma similar, el poseedor de pornografía de personas menores de edad perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad del sujeto pasivo que aparece en dichas imágenes, al mismo tiempo que contribuye al mantenimiento y expansión de esa actividad delictiva (Gimbernat Ordeig, como se citó en De Luca & López, 2009, págs. 246-247).

No obstante, la doctrina no tiene una posición uniforme al respecto. Así, un sector ha argumentado que la punición de esta conducta atenta contra el principio de lesividad y, por lo tanto, debería quedar al margen de la intervención del Derecho Penal (Muñoz, 2004), ya que, de haber alguna afectación al bien jurídico protegido por

este delito, esta sería indirecta y lejana, suponiendo un peligro sumamente abstracto (Boldova, 2008; Díaz, 2006).

Asimismo, se estaría penalizando *ex post* a alguien que *ex ante* no ha participado en el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía, Consecuentemente, se penaliza el favorecimiento indirecto de la pornografía. Además, al buscar atacar la demanda para disminuir la oferta se afecta la dignidad del consumidor al utilizarlo como carnada para atrapar al productor (De Luca & López, 2009; Muñoz, 2005). Por lo tanto, pareciera que el legislador se sirve ilegítimamente del Derecho Penal para producir efectos simbólicos en la sociedad (Díaz, 2002), ya que la penalización de la posesión de pornografía resulta ilusoria (Díaz, 2006).

De igual forma, se critica que la posesión de pornografía de personas menores de edad no debería ser punible, en cuanto esta afecta el ámbito privado, al igual que sucede con la tenencia de drogas, y, por lo tanto, la solución consistiría en aportar ayuda especializada y no una incriminación (Díaz, 2006; Muñoz, 2005). En este sentido, este precepto, más que la protección exclusiva de bienes jurídico-penales, castiga las conductas inmorales del sujeto activo, siendo esta una de las formas en que renace el Derecho Penal de autor acompañado de una política de tolerancia cero (Muñoz, 2005) (De Luca & López, 2009).

Incluso se ha criticado que la penalización de la posesión de pornografía se hizo por la dificultad de probar la intervención del sujeto activo en la cadena de producción, comercialización y distribución de pornografía infantil, respondiendo de esta manera al interés de sancionar a los partícipes en la cadena de comercialización o distribución de este tipo de material y solventar así las insuficiencias probatorias que pudieran presentarse (Pont como se citó en De Luca & López, 2009, pág. 240; De Luca & López, 2009).

Por nuestra parte, consideramos que la posesión de pornografía de menores de edad para propio uso implica que se realizó una afectación de la indemnidad sexual y de la imagen del sujeto pasivo. En este sentido, tal como se expresó la Corte Suprema Canadiense en el caso *Regine vrs. Sharpe* (2001), existe un vínculo racional para establecer que la posesión de pornografía juvenil causa perjuicios a las personas menores de edad utilizadas para tal fin.

En esta misma línea, consideramos que no es posible equiparar la conducta de posesión de pornografía de menores de edad con la de posesión de drogas o es-

tupefacientes, puesto que, mientras que en la posesión de drogas nos encontramos ante un bien jurídico disponible, a saber, la propia salud; en el caso de posesión de pornografía necesariamente se afectó un bien jurídico indisponible, tal es la libertad y/o la indemnidad sexual de la persona utilizada, además de perpetuarse una afectación en su integridad moral y en su propia imagen, puesto que la posesión de dichas imágenes perpetúa la lesión a estos ulteriores bienes jurídicos.

Por lo tanto, se justifica el castigo de la conducta de posesión de pornografía de menores, aunque en grado menor que al delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía (Tazza & Carreras, 2008), puesto que la afectación de los bienes jurídicos es puntual y menor en comparación con las conductas de utilización del sujeto pasivo en pornografía, siempre que se entienda que la posesión no es realizada con ánimo de difusión entre terceros, y aparezca la conducta más alejada respecto de la efectiva explotación sexual del menor (Boldova, 2008).

7.2.2.2 Conducta típica.

El tipo penal establece como verbo rector el *poseer* material pornográfico. En este sentido, gramaticalmente se define a la acción de poseer como el tener en su poder algo, o tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella (RAE 2013). En el material poseído —tal como nos hemos manifestado *ut supra*— debe haberse utilizado a personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces, dentro de un escenario sexual (Anónimo vs. Anónimos, 2012a).

En este sentido, si bien el tipo penal no exige la utilización del Internet para su comisión, sí es importante tener en cuenta que a la hora de analizar la conducta típica existe una relación relevante con Internet para acceder a material pornográfico de menores infantil con fines de posesión. Por ejemplo, la mera tenencia de material pornográfico infantil adquiere importancia en las redes P2P, en las que cada *nodo* funciona al mismo tiempo de servidor y cliente, puesto que sin esta posesión de material en las computadoras de los usuarios no se podría distribuir a otros usuarios (Miró, 2012).

Asimismo, la posesión de material pornográfico de menores implica que el archivo se ha descargado y guardado, ya sea en una computadora, teléfono celular o dispositivo electrónico, para su posterior visionado. De igual forma, independiente-

mente del número de veces que se haya realizado descargas de este tipo de material, no podrán ser consideradas como conductas autónomas, en tanto en cuanto ha habido una única voluntad final de acceder material pornográfico (Aboso & Zapata, 2006; Morales F., 2002; Muñoz, 2005).

Consecuentemente, la simple descarga de este tipo de material no constituirá posesión, pues el acceso a la pornografía no es equivalente a poseerla, tampoco será posesión el conservar la imagen en la memoria caché de la computadora (Palazzi, 2008); ni el disponer de claves o llaves encriptadas para facilitar el acceso restringido al material pornográfico, a pesar de que tanto una conducta como la otra sean o constituyan actos de su consumo. Tampoco será típica la conducta de adquirir el material pornográfico sin visionarlo, es decir, sin hacer un uso mínimo, y menos aún procurarse el material, de modo ineficaz (Boldova, 2008; De Luca & López, 2009).

De igual forma, no constituye conducta de posesión de pornografía de menores aquellos casos en los que el funcionamiento autónomo de la máquina, unido a la gestión igualmente autónoma de la red, redirecciona las páginas web que se visitan o realizan copias temporales de archivos con contenido pornográfico infantil que podría quedar almacenada de forma involuntaria en una computadora. Por supuesto que en ese caso falta el dolo, aunque resulta inquietante la seguridad de quienes navegan por la red sin ser expertos, probablemente la mayoría (Boldova, 2008).

En consecuencia, parece adecuado exigir que la realización del delito de posesión de pornografía de menores suponga cierta perdurabilidad de la tenencia del material. Una posesión efímera o episódica no debe entenderse como delictiva. Boldova (2008) cita como ejemplos cuando se imprime una imagen y posteriormente, tras su visionado, se destruye; o se produce una descarga de la imagen o película en la computadora y a continuación se borra o elimina de entre los archivos de la computadora; o se escucha o visiona un archivo sin necesidad de descarga en el disco duro de la computadora a través de la técnica conocida como *streaming*.

Otro aspecto importante que se debe tener en cuenta es en relación con la posesión de imágenes de contenido sexual cuyos protagonistas y poseedores son jóvenes en edad de consentir sexualmente. La posesión para el propio uso de este tipo de imágenes no sería típica en cuanto no se vulnera el bien jurídico protegido, es decir, para obtener estas imágenes no se ha violentado la libertad e indemnidad sexual del protagonista de la imagen. Asimismo, la posesión de este tipo de imágenes

es una forma de expresión protegida por la Constitución, vinculado con el desarrollo del pensamiento, de la creencia y de la opinión de expresión (Regine vs. Sharpe, 2001). En estos supuestos se encuadrarían los casos de *sexting* a los que nos hemos referido *ut supra*. Huelga aclarar que en estos casos la posesión es para el propio uso y, por lo tanto, no debe existir en el sujeto poseedor el ánimo de distribución de las imágenes con contenido sexual que tiene en su poder, pues en este caso incurriría en otras conductas delictivas, principalmente en la de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía.

7.2.2.3 Tipo subjetivo.

Este delito es de naturaleza dolosa, tanto en su forma directa como eventual, por lo tanto, el sujeto activo debe saber que está poseyendo material pornográfico y debe querer poseerlo (De Luca & López, 2009; Tazza & Carreras, 2008). Tal como mencionábamos *ut supra*, no tiene dolo quien descarga de Internet a su computadora un archivo que cree que contiene material lícito pero que en realidad contiene pornografía de menores (Palazzi, 2008). Por lo tanto, dado que el material debe ser adquirido de manera voluntaria por el agente, no se tendrá como conducta típica aquella situación en la que el sujeto ha tenido acceso a las imágenes por error (Anónimo vs. Anónimos, 2012a). Asimismo, a partir de nuestra postura adoptada *ut supra*, no se podrá sancionar por posesión de pornografía de personas menores de edad a los prestadores de servicios de Internet en tanto desconocen el contenido del material alojado en sus servidores (De Luca & López, 2009).

No obstante, a pesar de que el tipo penal salvadoreño no lo menciona expresamente, la jurisprudencia salvadoreña ha manifestado que la posesión de la pornografía infantil debe ser para uso personal de quien lo almacene, *“excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines”* (Anónimo vs. Anónimos, 2012a). Esta interpretación jurisprudencial es muy importante para evitar sancionar conductas de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía como un delito de posesión de pornografía de menores, cuya sanción es menor debido a que la vulneración del bien jurídico protegido es significativamente menor en comparación con la utilización del sujeto pasivo en pornografía. Por lo tanto, de demostrarse que el ánimo de la posesión va más allá del propio uso del poseedor,

deberá considerarse la sanción por un delito utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía.

7.2.2.4 Concursos.

La posesión de pornografía de menores puede implicar la realización de un delito de corrupción de menores e incapaces, utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía u otros delitos vinculados con la explotación sexual del sujeto pasivo. Asimismo, el poseedor de este tipo de pornografía podría verse involucrado posteriormente en la distribución, comercialización o venta de este tipo de material sin que primariamente tuviera dicha intención.

8. Análisis de sentencias dictadas por tribunales salvadoreños

8.1 Sentencia 205-10-2 del Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador, de uno de diciembre de dos mil diez. Confusión de posesión para el consumo propio con la posesión para la distribución, venta o comercio de pornografía infantil

En esta sentencia el Tribunal Sexto de Sentencia de San Salvador condenó a tres imputados mayores de edad por el delito de posesión de pornografía. Según los hechos acreditados durante el proceso, el día siete de abril de 2010 agentes de la Policía Nacional Civil miembros del equipo de reacción especial de la División de Finanzas realizaban un patrullaje preventivo en el centro de San Salvador y *“se percataron que [...] en el pasaje Morazán y Avenida España, San Salvador, en un puesto informal acondicionado con tres mesas, se encontraban a la vista pública, se distribuía pornografía en formato DVD con viñetas mostrando impresiones pornográficas [...] En dicho lugar se encontraban menores de edad, es decir niños, y en algunos de los estuches se pueden apreciar la leyenda PORNOGRAFÍA INFANTIL [...]”*.

No obstante, previo a dar inicio al juicio, los defensores particulares manifestaron que el delito de posesión de pornografía es uno al que se le puede otorgar una salida alterna, debido a que su pena oscila entre los dos a cuatro años de prisión, por lo tanto, procedieron a solicitar la suspensión condicional del procedimiento.

La representación fiscal manifestó su oposición a la salida alterna propuesta, fundamentándose principalmente en los artículos 2, letra a, 12 y 55 de la Ley Especial para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Lepina). Así, el artículo 2 establece que por “acción positiva” debe entenderse a aquellas disposiciones, políticas o prácticas estatales orientadas a remover los obstáculos sociales, políticos y económicos que en la práctica impiden o restringen el ejercicio de los derechos reconocidos a favor de las niñas, los niños y los adolescentes. Asimismo, el artículo 12, que regula el principio del interés superior de la niña, el niño y el adolescente, establece que en la interpretación, aplicación e integración de toda norma, en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implantación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

Y el artículo 55, que regula la protección frente al abuso y explotación sexual, establece que todas las niñas, los niños y los adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra el abuso y explotación sexual, entendiéndose por explotación sexual cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo. Asimismo, este artículo establece que la utilización, reclutamiento u oferta de niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción o actuación pornográfica, deberán considerarse como casos de abuso y explotación sexual.

A pesar de la oposición de la representación fiscal, el tribunal, con base en lo dispuesto en el artículo 22 del entonces vigente Código Procesal Penal,²⁰ manifestó que dicha salida alterna no requiere de autorización fiscal, por lo que procedió a dar inicio a la audiencia especial para discutir lo relativo a la suspensión planteada, resolviendo finalmente conceder la suspensión condicional del procedimiento a los

20 Este artículo estaba redactado así: Art. 22.- En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las partes podrán solicitar también la suspensión condicional del procedimiento penal.

La solicitud señalará las reglas de conducta convenientes.

Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez o tribunal podrá disponer la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado los daños causados por el delito, o asumido formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades, incluso mediante acuerdos con la víctima.

Si el juez o tribunal rechaza la solicitud, la admisión de los hechos por parte del imputado, carecerá de valor probatorio.

imputados. En este sentido, el tribunal determinó que lo imputados, en el plazo de un año, estarían sujetos a las siguientes condiciones:

- a) Residir en la dirección que han proporcionado; en caso de cambio deberán comunicarlo al tribunal y al Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena.
- b) Obligación de presentarse el último día hábil, cada mes, al Juzgado Segundo de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena.
- c) Abstenerse del uso de drogas ilícitas.
- d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso indebido de drogas lícitas.

En esta sentencia en estudio, si bien estamos de acuerdo con la oposición a decretar la suspensión condicional del procedimiento, pues con base al articulado mencionado de la Lepina, la conducta de los imputados atenta contra los intereses de la niñez y adolescencia; a nuestro parecer, el error más grave consistió en que se calificó de manera incorrecta la acción cometida por los imputados, pues somos del criterio de que el delito de posesión de pornografía se debe castigar al que posee este material para su propio uso. Así, en este caso, la posesión de pornografía por parte de los imputados no era para su propio uso, sino para ser ya sea distribuida, vendida, comerciada o difundida. En este sentido, la conducta de los imputados se adecua con varios de los verbos rectores regulados por el artículo 173 del CP salvadoreño.

Así, en cuanto al verbo *reproducir*, tal como manifestábamos *ut supra*, este se ejecuta cuando se saca copia de una producción sonora o audiovisual (RAE, 2003), hecho que se podría deducir de lo acreditado en la declaración policial vertida en juicio, en cuanto a que los imputados poseían varios DVD, lo cual podría conectarse causalmente con la acción de reproducir, puesto que para poseer una colectividad de DVD con contenido pornográfico infantil, debieron, en un primer momento, reproducir este material. En este sentido, las investigaciones tendrían que haberse dirigido a constatar si los imputados poseían los medios necesarios para su reproducción.

No obstante, aunque no se pudiese demostrar que los imputados fueron los que materialmente reprodujeron estos DVD, la conducta encuadra en la acción de comerciar, que, como manifestábamos *ut supra*, en su acepción gramatical es entendida como negociar comprando y vendiendo o permutando géneros (RAE, 2013). Así, dada la cantidad de material pornográfico que poseían los imputados, y aun cuando

ellos no lo hubiesen reproducido directamente, sí se puede establecer un nexo causal entre la posesión de cierta cantidad de material pornográfico con la compra de estos “géneros” a un tercero. En definitiva, los sujetos activos solo pudieron obtener esta cantidad de DVD bajo dos supuestos; o los reprodujeron ellos mismos o los obtuvieron de un tercero.

Pero incluso en el caso que no se llegase a demostrar que estos adquirieron los “géneros” por medio de su compra o permuta, por ejemplo, los imputados podrían alegar que obtuvieron esta cantidad de material a través de una “donación” que les hubiese sido realizada por parte de un tercero, aun así, la conducta de los imputados encajaría en la acción de vender, ya que, como nos referíamos anteriormente, vender implica exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar. Así, en el presente caso se puede deducir el ánimo de lucro de los hechos acreditados durante el juicio, ya que los agentes policiales informaron que los imputados habían acondicionado un “*puesto informal con tres mesas*” que se encontraban a la vista pública, y en las que se mostraban DVD con viñetas conteniendo la leyenda de pornografía infantil, lo que deja claros indicios de la intención de los imputados de comerciar el material pornográfico.

Y aunque no se pudiese demostrar el ánimo de venta o comercio de este tipo de pornografía, el hecho de que los imputados poseyeran varios DVD conteniendo este tipo de material puede tomarse como una manifestación de la voluntad de distribuirlo, pues de la acción de exponer públicamente múltiples copias se infiere que el deseo de los imputados es dar a conocer dicho material y distribuirlo a varias personas.

E incluso, si los imputados alegaran que las exposición de pornografía que realizaban no era con fines de obtener ganancias, por ejemplo, podrían alegar que “regalaban” dicho material, no obstante, dado que el ánimo de lucro no es un elemento indispensable para configurar el tipo penal del delito de utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, las conductas podrían encuadrarse en la acción de ofrecer, ya que, como lo manifestábamos *ut supra*, la acción de ofrecer implica el presentar y dar voluntariamente algo, en este caso, DVD conteniendo pornografía infantil.

En conclusión, la conducta de poseer varios DVD de pornografía con contenido idéntico y en exhibición pública está lejos de ser considerada como posesión

para el propio uso, y se adecua más al ánimo de distribuir, comerciar, ofrecer o vender; y dado que el tipo penal salvadoreño no exige que el sujeto activo realice todos los verbos rectores, ni que los ejecute de manera continua, y, por lo tanto, las acciones típicas pueden superponerse; y que finalmente basta con que el sujeto activo realice al menos uno de los verbos rectores. Consecuentemente, en el caso en estudio, podemos afirmar que los imputados cometieron la conducta típica de utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía tipificada y sancionada en el artículo 173 del CP salvadoreño. Por consiguiente, de haberse realizado una adecuada calificación jurídica, la pena que de debía imponer hubiese oscilado entre los seis a doce años de prisión; y no hubiese existido la posibilidad de decretar la suspensión condicional del procedimiento.

8.2 Sentencia 453-CAS-2010 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de diecinueve de octubre de dos mil doce. Obtención de claves de acceso a la computadora y manipulación de evidencia.

Esta sentencia se pronuncia sobre la solicitud de casación realizada por dos imputados mayores de edad condenados por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla por el delito de posesión de pornografía sancionado en el artículo 173-A del Código Penal. Los principales argumentos se basan en la ilicitud de la obtención de la clave de la computadora que contenía material pornográfico infantil, y en la violación de la cadena de custodia de dicha computadora.

Respecto al primer supuesto, la defensa alegó que el allanamiento realizado en la casa de habitación de los imputados fue ejecutado de forma violenta por los agentes policiales, quienes intimidaron al imputado de forma violenta y psicológica, a fin de obtener la clave para acceder a la computadora de este, violentando con este proceder las reglas procesales para el registro previo que amparaba la orden emitida, así como otras garantías y derechos del imputado, tales como los de audiencia, contradicción procesal, a la asistencia técnica de un abogado y el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

Al respecto, la Sala manifestó que al analizar la prueba testimonial y documental presentada en juicio se establece que *“el imputado Cesar Ernesto C. se encontraba en la sala de su casa de habitación junto con las demás personas presentes en la diligencia entre ellas su abogado particular, cuando por parte de uno de los agentes*

de policía fue preguntado de forma general si se conocía la clave de la computadora a la que el joven contestó ‘que si la conocía pues la computadora era de su padre y él le daba mantenimiento’, lo que implica, que el procesado no fue conminado a dar dicha información [...] pues de haber sucedido [sic] así, el defensor debió procurar que se hiciera constar en acta, ello con el objeto de ser discutido en juicio”. Esta situación fue acreditada por los testigos de cargo, por lo tanto la Sala manifestó tener la convicción de que no se había conminado al imputado en una forma violenta a que proporcionara la clave de la computadora sino, que había sido proporcionada voluntariamente.

En cuanto a la manipulación de evidencia, la defensa argumentó que en la experticia realizada a la computadora secuestrada durante el allanamiento de la casa de habitación de los imputados, la prueba había sido manipulada pues, como constaba en las actas del laboratorio de la PNC, *“se hizo necesario extraer el disco duro porque la computadora no funcionaba bien y se utilizó como disco esclavo, es decir, se manipulo [sic] el disco duro y evidencia que contenía sin ningún control de la Fiscalía ni la defensa, aunado a eso se expresa en el informe que hubo un incendio en el laboratorio por lo que la computadora presenta colores distintos y se adicionó en otra máquina (...) con lo expresado por el testigo-perito se confirma que hubo manipulación de la evidencia sin control de ninguna de las partes por lo que se pone en duda la veracidad de la prueba”.*

Al respecto, el tribunal *ad quo* manifestó en su sentencia que no consideraba que se hubiese roto la cadena de custodia, puesto que en el acta de registro podía advertirse que el recolector había permanecido de forma constante en el lugar y que este había entregado la evidencia al perito del laboratorio de la PNC. Por su parte el perito que recibió la evidencia en el laboratorio de la PNC testificó que, como parte del procedimiento, *“ellos tiene [sic] que abrir esas evidencias una vez llegue [sic] al laboratorio técnico para establecer que lo mismo que dice la hoja en que se detalla el decomiso que en este caso dijo era de control interno era lo mismo que le entregaban”.*

Por lo tanto, el tribunal *ad quo* consideró que materialmente existió cadena de custodia, ya que hubo una sola persona encargada del análisis y que en todo momento manifestó que tuvo control sobre ella hasta el momento que entregó los resultados. En consecuencia, a juicio del tribunal, *“entre el hallazgo de los objetos secuestrados y el examen de la misma en el laboratorio se acredite [sic] que la evidencia no fue objeto de manipulación indebida o falta de custodia de la misma para que no exista duda sobre al [sic] probable alteración de la misma”.*

En cuanto a la argumentación de la defensa de que las partes técnicas debieron estar presentes al momento de efectuar el peritaje, la Sala manifestó que ya existe un criterio asentado respecto a la calidad habilitante de los peritos permanentes adscritos a la División Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil, puesto que esta investidura oficial les otorga el carácter de objetividad, imparcialidad e idoneidad, al contar la institución policial con el personal experto permanente dedicado a explotar su conocimiento. Por consiguiente, y en razón de esta habilitación especial, no se vuelve necesaria para validar el dictamen pericial la presencia del juez y las partes, pero *“si es deseo de ellas el comparecer a tales diligencias, están facultadas para hacerlo, siempre y cuando se haga la solicitud pertinente al juez del proceso”*. Por tanto, la Sala manifestó que no se concurrió en la ilegalidad observada por los peticionarios.

Nuestra opinión, en relación con la obtención de las claves de una computadora, tal como apuntábamos *ut supra*, es que la investigación de delitos y la obtención de pruebas debe realizarse de manera rápida y eficaz, para que no se pierdan pruebas importantes en los procedimientos de aplicación de la ley, siendo indispensable que estos procedimientos se realicen salvaguardando los derechos humanos y constitucionales, incluida la protección de la intimidad y de los datos (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001). Por lo tanto, el obligar al imputado a revelar las claves o mensajes encriptados con los que ha protegido la información contenida en una computadora en investigación consiste en una violación el derecho constitucional de no declarar contra sí mismo (Rosa, 2011; Urbano, 2009).

No obstante, a pesar de que la defensa alegó que esta había sido obtenida de forma violenta, no pudo acreditar este hecho durante el juicio, por lo cual nos parece correcta la decisión de la Sala de no dar por sentada la violación del derecho al imputado a no declarar contra sí mismo. En este sentido, apuntamos la importancia de que tanto los sujetos procesales como los investigadores policiales tengan siempre presente la necesidad de hacer constar, en los distintos actos de investigación y procesales, aquellas situaciones que consideren vulneran los derechos de las partes, o que atenten contra los principios y garantías procesales, a fin de evitar la impunidad de situaciones lesivas de derechos.

Respecto a la manipulación de la evidencia, la defensa consideró que esta fue manipulada con base a distintos argumentos. En primer lugar, consideró que el disco duro de la computadora había sido manipulado, pues se extrajo y se utilizó como disco esclavo, diligencia que además fue realizada sin ningún control de la Fiscalía

ni de la defensa. Al respecto, recordamos que, tal como manifestábamos *ut supra*, dentro de los procedimientos técnicos científicos que debe realizar el perito a cargo del análisis de una computadora están el realizar una copia exacta del contenido del disco duro, o de otros dispositivos informáticos confiscados, tales como memorias USB, discos duros portátiles, CD, etc., garantizando que la copia “espejo” coincide con la original, debiendo conservarse bajo dominio judicial, por si fueran necesarias posteriores contrapericias (Velasco, como se citó en Rosa, 2011). Por lo tanto, la acción realizada por el perito, en el caso en estudio, parece estar adecuada a la diligencia exigida en este tipo de casos, en cuanto a garantizar que la información contenida en el disco duro se mantenga íntegra. Asimismo, dada la calidad habilitante de los peritos permanentes adscritos a la División Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil, se otorga a los peritajes realizados por estos el carácter de objetividad, imparcialidad e idoneidad (El Salvador vs. Durán, 2008).

En segundo lugar, y con base en la doctrina y jurisprudencia citada *ut supra*, también podemos afirmar que existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente y, por lo tanto, la policía se encuentra también facultada para examinar o acceder al contenido de las computadoras, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad (Velasco, como se citó en de la Rosa, 2011; Pichardo vs. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2002). Por consiguiente, también nos parece acertada la opinión de la Sala de lo Penal salvadoreña cuando afirmó que en razón de esta especial habilitación no se vuelve necesario para validar el dictamen pericial, la presencia del juez o las partes cuando se realicen estos peritajes, pero si es deseo de estos comparecer a tales diligencias, están facultadas para hacerlo, siempre que se haga una solicitud pertinente al juez del proceso.

8.3 Sentencia de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, de veinte de diciembre de dos mil doce. Imposibilidad de determinar la edad de las personas que aparecen en una fotografía pornográfica

Esta sentencia se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la República contra la resolución que decretó el sobreseimiento provisional del imputado por los delitos de remuneración por actos sexuales o eróticos

y posesión de pornografía, regulados y sancionados en los artículos 169-A y 173-A del Código Penal.

En lo concerniente al delito de posesión de pornografía, consta que entre las diligencias realizadas se efectuó el registro con prevención de allanamiento en la casa de habitación del imputado, encontrándose *“fotografías de personas del sexo femenino con poca ropa, sin ropa y en posiciones de contenido sexual”*. A fin de comprobar si las personas que aparecían en dichas fotografías eran menores de 18 años, se procedió a solicitar un peritaje del Instituto de Medicina Legal para que un médico forense determinara las edades dichas personas. Al respecto, el jefe del Departamento de Clínicas Forenses informó mediante oficio que *“no es posible determinar la edades de las personas que aparecen en las fotografías que obran como secuestro en la presente causa penal”*, puesto que se requiere de un examen físico y odontológico, por lo que no pudo establecerse la minoría de edad de las personas que aparecen en las fotografías.

En este sentido, la Cámara valoró, en primer lugar, que si bien se ha comprobado el elemento objetivo del posesión y propiedad de la fotografías, no se ha logrado establecer la edad de las personas que aparecen en dichas fotografías. Por lo tanto, consideró que no se puede establecer la existencia del tipo penal y confirmó el sobreseimiento provisional decretado por la jueza del Juzgado Noveno de Instrucción.

En cuanto al examen y valoración de fotografías con contenido pornográfico, a fin de determinar la edad de las personas que aparecen en estas, la jurisprudencia española ya se ha pronunciado al respecto. Así, en varias sentencias dictadas por tribunales españoles se ha establecido que en los casos en que, con el simple visionado de las fotografías con contenido pornográfico, cualquier adulto medio advierte por el aspecto que se trata de niños o niñas, se procede aplicar el principio *notoria non egent probationem*: los hechos notorios no necesitan prueba (España vs. Anónimo, 2009a; España vs. Anónimo, 2008). Así, en la sentencia España vs. Anónimo (2009b) la Audiencia Provincial de Guipúzcoa estableció que si al examinar videos y fotografías se evidencia por los rasgos externos de las personas que aparecen en estos que las imágenes son *“claramente infantiles”*, se podía concluir, *“sin margen de duda”*, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de edad. *“Por lo tanto, para formular este juicio no es preciso contar con conocimientos científicos, pues la experiencia y el saber común permiten inferir, a partir del aspecto externo, que las personas involucradas en un contexto sexual inequívoco son menores de edad, e incluso, en muchos casos, niños de edad inferior a trece años”*.

Consecuentemente, el material pornográfico en el que aparezcan niñas o niños no requerirá la localización de la persona menor de edad afectada ni una pericia específica, ya que el juez podrá valorarla por la observación directa del material, y tras su visionado, inferir que las que aparecen en este son inequívocamente personas menores de edad, justificando su valoración en aspectos tales como las características morfológicas propias de los niños y las niñas, y carencia o poco desarrollo de caracteres secundarios tales como pechos o vello pubiano (España vs. Anónimo, 2009c; España vs. Anónimo, 2010).

Asimismo, en los casos en los que por propia percepción de los jueces se pueda afirmar inequívocamente que son niños o niñas los que aparecen en el material pornográfico, será innecesaria la prueba de localización e identificación de las personas menores para determinar su edad exacta, ya que el dato en cuestión ha podido ser establecido en la sentencia sin lugar a dudas, además de la dificultad que puede representar la realización de una diligencia de localización (España vs. Anónimo, 2008). En conclusión, cuando la calificación del aspecto externo permita concluir que se trata de personas menores de 18, y dado que no se precisa de conocimientos técnicos, corresponderá al juez hacer la valoración de la prueba (Rosa, 2011).

No obstante, estos supuestos, abordados *ut supra*, al ser de fácil constatación no representan problemas interpretativos. Distinto es el caso cuando las personas que aparecen en las fotografías o videos están en las últimas fases de desarrollo sexual, situaciones en las que puede no es posible dictaminar con seguridad si estas son mayores o menores de 18 años (Rosa, 2011). En estos casos, tanto la doctrina (Rosa, 2011) como la jurisprudencia (España vs. Anónimo, 2006) han manifestado que, de no poder establecerse con absoluta certeza que en efecto las personas que aparecen en el material pornográfico son menores de 18 años, habrá necesariamente que valorar la prueba en beneficio del reo, procediendo en estos casos la absolucón del imputado, por la aplicación del principio *indubio pro reo*. Por lo tanto, únicamente se podrá tener dicha certeza si resulta posible individualizar a las víctimas que aparecen en el material pornográfico.

En este sentido, nos parece acertada la resolución adoptada por la Cámara Tercera de lo Penal cuando confirmó el sobreseimiento provisional por no haberse podido establecer que las personas que aparecen en las fotografías que poseía el imputado eran menores de 18 años. En esta línea, Rosa (2011) recomienda echar mano de otras fuentes para individualizar a las víctimas que aparecen en el material pornográfico. Así, se podrían analizar las pertenencias del imputado, a fin de verificar si este ha registrado los nombres, direcciones, fechas o cualquier otro tipo de información relacionada con las fotografías encontradas. También aconseja tener en cuenta la utilización de bases de datos de personas menores de edad víctimas de pornografía

infantil, tales como el *Child Victim Identification Program* (CVIP), el *Child Recognition and Identification System* (CRIS) que son administradas por el *National Center for Missing & Exploited Children's* (NCMEC); o las bases de datos que posee la Interpol, y que en el pasado ya han servido para identificar y rescatar a víctimas de pornografía.

8.4 Sentencia 451-CAS-2004 de la Sala de la lo Penal, de diecinueve de julio de dos mil cinco. Prueba obtenida de forma ilícita

Esta sentencia se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por las representantes de las víctimas —dos personas menores de edad de sexo femenino— por haberse absuelto al imputado de los delitos de violación y agresión sexual agravada, corrupción de menores e incapaces y utilización de menores con fines pornográficos y exhibicionistas, previstos en los Arts. 160, 162 N° 3, 167 y 179 del Código Penal en el año 2004.

En cuanto al delito que nos ocupa, el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador resolvió absolver al imputado utilizando las reglas de la exclusión probatoria, por entender que los videos conteniendo material pornográfico presentados como prueba en el juicio fueron obtenidos de manera ilícita, pues el procedimiento realizado por la Policía Nacional Civil (PNC) fue irregular. Así, este cuerpo policial manifestó haber recibido una llamada telefónica anónima sobre “*el problema que se estaba dando en dos casas [sobre] hechos de corrupción de menores que era urgente que fueran a verificar*”. Ante tal llamada, se encomendó a señores agentes de la Policía que se constituyeran en el lugar señalado en la llamada telefónica anónima para verificar la dirección y elaborar los croquis correspondientes. No obstante que los agentes policiales manifestaron no advertir que sucediera algo fuera de lo normal en el lugar señalado, se solicitó una orden judicial para ingresar al domicilio del imputado, y se llevó a cabo dicho registro.

El tribunal *ad quo* consideró acreditado que nunca hubo un real y apropiado despliegue de actividad investigativa por parte de la PNC, tal como lo exige el Principio de Mínima Actividad Probatoria, ya que una llamada telefónica anónima —cuya existencia el tribunal *ad quo* dejó entredicha— originó el registro de la vivienda del imputado, “*no existiendo, por parte de la policía un real y apropiado despliegue de actividad investigativa, tendiente a la verificación efectiva del hecho anoticiado*”. Asimismo, el tribunal *ad quo* manifestó que “*no resulta suficiente argumento, para solicitar y/o autorizar la violación a derecho o garantía fundamental —en este caso la morada y subsecuente intimidad personal y/o familiar—, la existencia únicamente de la llamada*

telefónica anónima que pudo haberse efectuado a delegación policial... pues se lesionaría gravemente el Principio de Proporcionalidad”.

Por su parte, el tribunal *ad quem* manifestó que será prueba irregular o defectuosa toda aquella prueba en cuya obtención se haya infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba; y si lo que se infringe es un derecho o garantía fundamental estaríamos ante una prueba prohibida. En este sentido, el tribunal *ad quem* consideró que la llamada telefónica originó “*de manera casi automática*” el registro de la vivienda del imputado, limitándose la Policía a realizar dos actuaciones necesarias pero insuficientes para justificar una solicitud de orden judicial para ingresar al domicilio, por lo tanto, no existió por parte de la Policía un real y apropiado despliegue de actividad investigativa, tendiente a la verificación efectiva del hecho noticiado. Así, era preciso que la Policía llevara a cabo las diligencias de investigación necesarias para confirmar o desestimar la sospecha inicial producto del aviso anónimo. Por lo tanto, el tribunal consideró que “*conforme a la evidencia presentada en juicio, no hubo despliegue policial justificatorio del registro; razón por la que este argumento carece de asidero para casar la sentencia*”.

Al respecto de la postura adoptada, tanto por el Tribunal *ad quo* como el *ad quem*, es válido citar la jurisprudencia salvadoreña adoptada en situaciones similares. Así, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (El Salvador vs. Portillo, 2003) ha establecido que el acto de registro y allanamiento constituye una diligencia inicial de investigación, que por supuesto requiere de una orden judicial por ser de aquellas actividades que lesionan derechos fundamentales, los cuales ceden ante determinados valores que en casos individualizados hacen necesaria la injerencia en el ámbito privado domiciliario, tales como la investigación de hechos delictivos bajo la tutela y garantía del Órgano Judicial.

Asimismo la Sala de lo Penal (Ruiz vs. Ayala, 2006) ha establecido que la Policía Nacional Civil puede, por iniciativa propia, solicitar una orden de registro siempre y cuando su actuación, dentro del proceso penal, se ejecute bajo el control y dirección de la Fiscalía General de la República, la cual, al ejecutar este control, se convierte en garante de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de la Policía. De igual forma, el ente jurisdiccional, al dictar una resolución motivada, en la que explica las razones de la limitación y que se sustenta en actos o elementos concretos de investigación, cimenta la limitación de derechos fundamentales que autoriza, siendo a la vez una

manifestación concreta de las garantías protegidas dentro de un Estado constitucional y democrático. Por lo tanto, el juez debe valorar la información o los elementos de juicio en que se basa la imputación, debiendo reflejar que la información es suficiente para justificar esa grave intromisión a la intimidad (El Salvador vs. Portillo, 2003).

En este sentido, la orden judicial es la piedra angular en la limitación del derecho fundamental del domicilio y es una de las actividades que debe realizar el juez en la investigación del delito como contralor de las garantías constitucionales, por lo tanto, el juez, de forma motivada y previa ponderación de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, accede la intervención. Por consiguiente, la autorización jurisdiccional de allanamiento y registro de un lugar debe pronunciarse en el marco de una investigación y la decisión debe estar adecuadamente motivada, es decir, que explique las razones por la que debe aceptarse la limitación de este derecho (El Salvador vs. Portillo, 2003).

En similar sentido, esta misma Sala (El Salvador vs. Aguilar, 2004; El Salvador vs. Castellanos, 2003) estableció que el allanamiento y registro han de ser excepcionales y proporcionales a la finalidad que se persigue, y exige que la injerencia en la morada facilite la obtención del éxito pretendido; además, tiene que darse la necesidad o excepcionalidad, concediéndose la entrada cuando no hay otros caminos menos gravosos para llegar al descubrimiento del hecho delictivo. Por lo tanto, se hace necesario que esta proporcionalidad se ampare en una adecuada investigación preliminar que justifique la vulneración del derecho a la intimidad de morada del procesado.

En esta línea, en la sentencia Salvador vs. Aguilar (2001), el Tribunal de Sentencia de Sonsonate cuestionó la ejecución de una Orden de Registro y Allanamiento girada por autoridad judicial puesto que la supuesta investigación preliminar realizada por la Policía no constó materialmente agregada al expediente. Así, el Tribunal manifestó que *“el procedimiento policial carece de elementos suficientes cuando [...] se basaron en una supuesta investigación preliminar, que dio lugar a una orden de registro y allanamiento girado por orden judicial [...]”*.

Por lo tanto, consideramos relevante recalcar la importancia que tiene la ejecución de los actos de investigación y de recolección de pruebas. Tal como sucedió en la sentencia en estudio, a pesar de tener pruebas que podrían haber incriminado al imputado por el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía, no se pudo valorar dicha prueba ni analizar si la conducta del sujeto activo se ajustaba al correspondiente tipo penal.

En este sentido, es necesario que los investigadores y agentes de policía conozcan bien los procedimientos que se deben seguir en estos actos de investigación, a fin de garantizar la persecución de estos delitos y la protección de los derechos de las víctimas. Concretamente, del estudio de esta sentencia podemos concluir que es necesario que la Policía fundamente y haga constar de manera adecuada y suficiente sus diligencias de investigación para justificar, conforme a derecho, su actuar policial. Todo esto para evitar este tipo de impugnaciones que conllevan a la vulneración de los derechos de las víctimas y a la impunidad de los explotadores sexuales.

8.5 Sentencia 0401-63-2009 del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, de dos de junio de dos mil nueve. No se valoró la utilización de la persona menor de edad en pornografía y la posesión en pornografía

Esta sentencia se pronuncia sobre los delitos de violación agravada continuada y violación agravada, tipificados y sancionados en los artículos 158 en relación con el 42 y ambos relacionados con el artículo 162 n° 1 del Código Penal, cometidos por el imputado en perjuicio de una niña de diez años de edad. En la entrevista brindada por la víctima en sede fiscal consta que esta describió, además de los hechos constitutivos de violación, que cuando el imputado abusaba sexualmente de ella la obligaba a ver pornografía, ya que este tenía en su computadora mucha pornografía, incluso pornografía infantil. Asimismo, manifestó la víctima que el imputado le tomó fotos cuando la abusaba sexualmente e incluso se las enseñó a la madre de la víctima.

Asimismo, en un primer momento, la Fiscalía había calificado los hechos cometidos por el imputado como violación en menor o incapaz agravada relacionado con el delito de violación agravada, tipificado en el artículo 158 en relación con el 162 n° 1, del Código Penal, pero durante la vista pública la Fiscalía interpuso el incidente de recalificación de los delitos, y, al no haber oposición de la defensa ante tal petición, el tribunal procedió a recalificar los delitos como violación en menor o incapaz agravada y violación agravada.

En este sentido, llama la atención cómo en la sentencia no se conoció sobre hechos declarados por la víctima en cuanto a su utilización por parte del imputado para realizar fotografías con contenido sexual explícito, acciones distintas al delito de violación agravada y que encuadran con la conducta típica de un delito distinto, a saber, el de utilización de personas menores de 18 años, deficientes

mentales e incapaces en pornografía. Así, en las investigaciones realizadas se tuvo que haber indagado con qué propósito el imputado hizo estas fotografías, y cuál fue el destino de estas, a fin de analizar si estas conductas se encuadraban en el tipo de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía.

Igualmente cuestionable es la omisión de investigar la computadora del imputado, que según testimonio de la víctima, contenía pornografía de personas menores de edad. Debería haberse realizado peritajes informáticos, a fin corroborar si ese tipo de imágenes realmente se encontraban en la mencionada computadora, así como verificar si entre esas fotografías se encontraban las realizadas a la víctima menor de edad, a fin de enjuiciar al imputado por el delito de posesión de pornografía.

Incluso, el tribunal tuvo oportunidad de advertir esta omisión, y, de conformidad con el artículo 265 del Código Procesal Penal, pudo certificar la denuncia a la Fiscalía General de la República para que investigara sobre los hechos testificados por la víctima y que constituían nuevos delitos. Por consiguiente, estas omisiones advierten sobre la necesidad de capacitar a fiscales y jueces en cuanto a las conductas típicas de los delitos de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía y de posesión de pornografía, a fin de que puedan identificar estas situaciones en los hechos delictivos que conocen, con el fin de garantizar la plena defensa de los derechos de las víctimas.

8.6 Sentencia 0501-82-2009 del Tribunal de Sentencia de Usulután, de ocho de julio de dos mil nueve. No se valoró la posesión de pornografía.

En una situación similar al caso anterior, el Tribunal de Sentencia de Usulután conoció de una acusación por violación en menor o incapaz agravada realizado por el imputado, quien era el padre de la víctima menor de edad del sexo femenino. Consta en la sentencia que se realizó un registro con prevención de allanamiento en el lugar de residencia del imputado y se encontró —entre otras cosas— *“tres películas pornográficas con imágenes obscenas, en la primera se lee Excursionistas calientes, el segundo se lee Preparator and Prey y en la tercera se lee Pornografía Infantil Uno”*. Los objetos fueron secuestrados y puestos a disposición del juez Primero de Paz.

Asimismo, en el acta del allanamiento realizado consta que junto con las películas mencionadas se encontró *“un arma de fuego de tipo trabuco, con pieza de arma*

industrial al parecer calibre veintidós”, por lo que se notificó al imputado que, además del delito de violación en menor o incapaz agravada, se le procesaría por el delito de fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos case-ros o artesanales tipificado y sancionado en el artículo 346-A del Código Penal. En este sentido, es cuestionable que, si bien se advirtió al imputado sobre su procesamiento por el delito mencionado *ut supra*, no obstante, no se le advirtió sobre la posible comisión del delito de posesión de pornografía. De igual forma, no consta en la sentencia que se hubiesen realizado diligencias de investigación para determinar si el imputado era también responsable de la comisión del delito de posesión de pornografía.

Incluso, consta en la sentencia que en la Audiencia de Vista Pública un testigo de descargo manifestó que los CD pornográficos encontrados en la casa de habitación del imputado no le pertenecían a este por ser de propiedad del testigo mencionado. No obstante, a pesar de que el testigo de descargo confesó ser el propietario y poseedor de pornografía infantil, el tribunal tampoco se pronunció al respecto. En conclusión, y en línea a lo sugerido en la anterior sentencia estudiada, nuevamente se advierte la necesidad de capacitar a fiscales y jueces en cuanto a las conductas típicas de los delitos de posesión de pornografía, para evitar la impunidad de hechos probados e incluso confesados expresamente.

Conclusiones y propuestas

Después de haber realizado esta investigación, podemos plantear las siguientes conclusiones y propuestas:

1) En relación con la definición de pornografía infantil, nos parece más apropiado utilizar el término “pornografía de personas menores de edad”, pues este engloba no solo a los infantes sino también a los adolescentes prepúberes y púberes, y jóvenes menores de 18 años de edad. Por lo tanto, el calificativo de “personas menores de edad” nos resulta mucho más satisfactorio terminológicamente, tanto desde la óptica exclusivamente penalista como criminológica del fenómeno.

2) En cuanto a las clases de pornografía de personas menores de edad, respecto de la pornografía virtual o pornografía no real manipulada, reguladas tanto por el 173 CP salvadoreño como por el 189.7 CP español, el tipo refiere y contempla el supuesto de que, con material de personas menores de edad reales, gráfico o sonoro, por la alusión expresa a la voz y mediante el empleo de artificios técnicos, se produzca una modificación de dicha pornografía tendente a la creación de una situación o contexto de actividad de índole lúbrico que en la realidad no ha tenido lugar. Nótese así que se excluyen del tipo las modificaciones o alteraciones sobre material real que persigan exclusivamente aspectos visuales que sean irrelevantes para el contexto sexual, tales como mejorar el color de la imagen o el *pixelado*, por ejemplo. Ello, huelga decirlo, no es constitutivo de pornografía virtual manipulada, sino de genuina pornografía real. Ahora bien, cualquier alteración de material real que busque aumentar el contenido o intensidad lúbrica, por ejemplo, mediante el aumento, disminución o sustitución de dimensiones, efectos sonoros, etc., dará lugar a la punición por este delito.

La sanción de este tipo de pornografía se trata, a nuestro modo de ver, más de una protección a la propia imagen que en puridad a la esfera sexual como bien jurídico protegido. Ello no es negativo, por supuesto, pero sí debe llevar a una reflexión sobre los bienes jurídicos que se tratan de tutelar y la ubicación de este tipo en el marco de la pornografía de personas menores de edad, siendo más bien constitutivo de una forma de vulneración cualificada de la propia imagen.

Respecto de la llamada *pseudopornografía de menores*, consideramos que, dado que en estos casos no se emplea la imagen o el sonido de una persona menor de edad, su producción y difusión, así como su posesión para propio uso, solo podrían representar un peligro abstracto, esto es, el evitar el potencial estímulo de explotación

sexual de la persona menor de edad. Incluso, en el caso de la posesión, el peligro es mucho más remoto aún, pues a lo sumo la demanda del producto seguirá sin implicar la utilización de personas menores de edad. Así, equiparar la pseudopornografía de menores con la pornografía de personas menores de edad real es criticable, pues la primera no reúne las características propias de esta tipología delictiva al faltar una víctima real, además de no coincidir con el bien jurídico protegido por el delito de pornografía de personas menores, dadas las cualidades del sujeto interviniente, y, por lo tanto, ampliaría el tipo de una manera descomunal, importando un cambio radical en la concepción del bien jurídico protegido, en tanto que la explotación sexual de las personas menores de edad solo puede producirse mediante su utilización.

Por lo tanto, rechazamos el castigo de estas conductas en abstracto, por cuanto que se trata de un acto de expresión gráfica de dudoso o nulo gusto, pero que en forma alguna afecta a bienes jurídicos dignos de protección penal. De hacerlo, la afección tiene lugar de una manera meramente hipotética. Se trataría de un peligro remoto para la infancia de forma general, en evitación de que sujetos con tendencias pedófilas pudieran transitar del mero pensamiento insano —en principio impune— a conductas sexuales externas y activas contra personas menores de edad, por lo que el recurso a la amenaza penal se torna inadecuado por falta de injusto material respecto de unas conductas criminológicamente residuales, cuya punición se orienta más a la prevención y a la peligrosidad criminal del sujeto sin vínculo con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de las personas menores de edad. En definitiva, se estaría tutelando una difusa moral colectiva, pero no la indemnidad sexual de persona menor de edad alguna.

Asimismo, hay autores que a lo que nosotros denominamos “pornografía de personas menores de edad virtual” lo denominan *pseudopornografía*. A nuestro juicio son conceptos diferenciados y diferenciables. Mientras la pornografía virtual es una mera manipulación informática, con mayor o menor acierto en su ejecución, en la que se distorsiona la realidad, la *pseudopornografía* de personas menores de edad es aquella forma de expresión gráfica de una realidad —puesto que se trata de adultos en actitud sexual— que, sin embargo, no es verdaderamente pornografía de personas menores, por cuanto quienes la representan son genuinamente adultos. Desde nuestra óptica, y sin perjuicio de otras opciones válidas, los bienes jurídicos afectados en abstracto son diferentes. En el primer caso, se trata de un bien como la imagen personal y, en menor medida, la indemnidad sexual —aunque esté muy difuso y casi des-

virtuado, solo hipotéticamente dañado si la persona menor de edad tiene conciencia de tal extremo— y en el segundo, recordemos impune en España, se trataría de una moral sexual colectiva o un interés general de las personas menores de edad, que, según la idoneidad de los medios empleados, tendrá una mayor o menor verosimilitud y, por ende, lesionará en mayor o menor medida estos bienes jurídicos.

Por lo tanto, en los casos de pornografía de menores literaria, virtual o en la pseudopornografía consideramos que no existe un bien jurídico sexual ofendido, dado que no se pone en peligro la indemnidad sexual de una persona menor de edad o incapaz. La sanción de este tipo de conductas persiguen, ciertamente, la moral del autor o el riesgo del fomento de la posterior utilización de niños, niñas o adolescentes en pornografía. Pero, aun en este supuesto remoto, no se está protegiendo a una víctima concreta y, por lo tanto, no se justifica la intervención penal. En conclusión, tipificar como delito de utilización de personas menores de 18 años en pornografía la pornografía virtual y la pseudopornografía —tal como lo hace el art. 173 del Código Penal salvadoreño— es atentatorio del principio de lesividad, pues se penaliza un estadio previo a la puesta en peligro del bien jurídico, llegándose incluso a cuestionar si no se está ante una forma de Derecho Penal de autor que pretende sancionar la tendencia pederasta como tal, incluso la mera disposición moral, sin que afecte directamente a una persona menor de edad o a un incapaz.

En cuanto a la pornografía de menores literaria, al no tener incorporada imágenes ni sonidos de personas menores de edad, pues no se utiliza ni directa ni indirectamente a los sujetos que la ley pretende preservar de dicha instrumentalización estaría excluida de sanción penal; sin perjuicio de que llegar a constituir actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público (art. 392 CP salvadoreño) o provocación para delinquir o apología del delito de pornografía de menores (art. 349 CP salvadoreño).

3) En relación con el *sexting*, y en especial con la tendencia que se ha mostrado en algunos países de castigar esta conducta como delitos de pornografía de personas menores de edad, somos de la opinión de que el *sexting* se diferencia en varios aspectos de los delitos de pornografía de menores, principalmente por el hecho de que los autores y quienes reciben los mensajes son generalmente adolescentes que obtienen o envían las imágenes de forma consensuada y sin ánimo de distribución o lucro respecto de la imagen recibida. Asimismo, el *sexting* no constituye una lesión al bien jurídico protegido por el delito de utilización de personas menores de 18 años en pornografía.

Sin embargo, sí podrían darse lesiones posteriores derivadas de esta conducta. Así, el *sexting* puede ser el primer paso para posteriores conductas de acoso tales como el *cyberbullying*, la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el *child grooming*; o la difusión de las imágenes a terceros puede desencadenar en posteriores conductas de distribución o difusión de pornografía de personas menores de edad.

Similar situación representa la posesión de imágenes de contenido sexual cuyos protagonistas y poseedores son jóvenes en edad de consentir sexualmente. La posesión para el propio uso de este tipo de imágenes no sería típica en cuanto no se vulnera el bien jurídico protegido, es decir, para obtener estas imágenes no se ha violentado la libertad e indemnidad sexual del protagonista de la imagen. Huelga aclarar que en estos casos la posesión es para el propio uso y, por lo tanto, no debe existir en el sujeto poseedor el ánimo de distribución de las imágenes con contenido sexual que tiene en su poder, pues en este caso incurriría en otras conductas delictivas, principalmente en la de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía.

Por lo tanto, la peligrosidad del *sexting* reside no tanto en la conducta de la persona menor de edad en sí misma, sino en el contexto tecnológico actual, pues las imágenes producidas por el mismo niño, niña o adolescente pueden ser difundidas de manera amplia y rápida, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de estos contenidos de carácter sexual. En consecuencia, ante el *sexting* lo conveniente es realizar actividades de información y prevención entre los adolescentes para que estos tomen conciencia de los peligros que representa tanto el envío como el recibo de este tipo de imágenes.

4) Con respecto a los delitos vinculados a la pornografía de personas menores de edad cometidos a través de las TIC, y en especial en cuanto a la discusión de si estamos ante un “delito informático” consideramos que los delitos de pornografía de personas menores de edad protegen un determinado bien jurídico; y en la mayoría de las ocasiones se vale de las tecnologías de la comunicación y de la información como medios comisivos. Por lo tanto, no estamos ante un nuevo tipo de delito sino ante un nuevo medio comisivo.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la regulación jurídico-penal de la pornografía de personas menores de edad debe acompañarse de una política criminal adecuada que sustente filosóficamente la norma jurídica, y que integre a las

políticas sociales, de desarrollo y de Estado, a fin de afrontar las necesidades y los retos de la sociedad de la información.

5) En cuanto al modelo de valoración de los peritajes requeridos para un proceso penal sobre pornografía con menores, consideramos que la apreciación de la prueba debe ser técnico científica, ya que en este modelo cada medio probatorio tiene su específico método de valoración, pero, además, la prueba no es considerada y apreciada solamente de manera aislada, sino intrasistémicamente, lo que conduce a un conocimiento cierto y categorizado más allá de toda duda razonable. No obstante, independientemente de que se utilice este modelo o el de la sana crítica al valorar este tipo de pruebas, es indiscutible que los juzgadores deben tener un conocimiento sobre la pericia informática, de manera que estén en condiciones de valorar estas cuestiones de forma satisfactoria, y garantizar así la independencia y libertad de su criterio como juzgadores. Por lo tanto, el juez debe llevar a cabo una valoración racional, atribuyéndole a la prueba científica un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal; y para ello ha de tener en cuenta: el valor estadístico de la prueba; la existencia de otras pruebas o indicios; y, sobre todo, la relación de la prueba con el hecho principal que se pretende probar.

De igual forma, para garantizar una correcta valoración de la prueba científica de parte del Juez, los peritos deben presentar el resultado de las pericias de forma que puedan ser correctamente interpretadas por el juez; y el juez, como garante de un debido proceso tiene la obligación judicial de exteriorizar la fundamentación suficiente en relación con la prueba científica, que permita conocer si se ha respetado o no la garantía del adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional.

6) En cuanto al bien jurídico protegido, en el caso de la pornografía de personas menores de edad, son varios los bienes jurídicos en juego, encontrándonos ante un supuesto de confluencia de derechos subjetivos e intereses jurídicos dignos de tutela penal. En este sentido, en la producción nos encontramos con los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexuales de las personas menores de edad, a lo que habría que añadir como afectación consustancial, a la producción de pornografía, la propia intimidad de las personas menores de edad (en concreto, el derecho a la propia imagen).

Así, en el *iter criminis* de la distribución hasta la mera posesión, la afección directa a la libertad e indemnidad sexuales se desdibuja, por cuanto estaremos, en todo caso, en una fase de agotamiento de la lesión del bien jurídico de aquella persona

menor de edad concreta retratada en la escena pornográfica, ya que con la difusión no se sigue dañando su esfera sexual personal de una manera directa ni equivalente al momento de la producción en que tuvo lugar dicha afección, quedando, eso sí, al descubierto la intimidad sexual de la persona menor de edad, lo que a su vez y a lo sumo genera un peligro abstracto para la libertad o indemnidad sexuales de las personas menores de edad en su conjunto que en el futuro pudieran ser víctimas de la misma instrumentalización al existir un material pornográfico que lo propala y promueve.

No obstante, en los casos de las personas menores de 13 años en España, menores de 16 años en El Salvador, incapaces y deficientes mentales, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido tiene un sentido mucho más restrictivo que el de la libertad sexual. Este último es igualmente más reducido en el supuesto de menores de edad que en el supuesto de adultos, pues cabe proteger penalmente el aspecto negativo del bien jurídico (tanto de adultos como de personas menores), pero no tanto el positivo (en el caso de personas menores), pues está condicionado por la edad en que se reconoce a las personas menores de edad cierta capacidad de autodeterminación sexual.

Con el bien jurídico de la indemnidad sexual la persona menor de 13 años en España y menor de 16 años en El Salvador, así como los incapaces y deficientes mentales, se ven dotados de una protección cualificada, puesto que el objeto de protección es el libre desarrollo de la personalidad sexual de la persona menor de edad, concepto mucho más preciso y ajeno a una visión maniquea de la sexualidad de los niños y niñas, y, consiguientemente, es un bien jurídico que no se limita a cubrir el vacío que deja la libertad sexual en su vertiente positiva, en el caso de las personas menores de edad, sino que igualmente sirve para explicar la punibilidad de las conductas de pornografía cuando los sujetos pasivos son jóvenes menores de edad (a partir de los 13 años en España y de los 16 años en El Salvador) que consienten participar en esas conductas, ya que, a pesar de que tienen legalmente reconocida capacidad de autodeterminación sexual, su consentimiento en una conducta pornográfica pone en peligro, cuando no lesiona, su libre desarrollo de la personalidad sexual, motivo por el cual no puede amparar las conductas de quienes se aprovechan de ellos.

En el caso del CP salvadoreño, los delitos vinculados con la pornografía de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales —artículos 173, 173-A, 173-B— el legislador salvadoreño los ha colocado dentro del Título IV, que contiene a los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, consideramos

que en este Título no solo se regulan delitos contra la libertad sexual, sino también contra la indemnidad sexual. Por lo tanto, recomendamos la modificación de la rúbrica del Título IV, sugiriendo que se intitule como “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”.

7) En lo referente a la conducta típica, y en concreto a la acción de captar a la víctima, determinando su voluntad hacia la consecución de las acciones finalistas previstas en la dicción del tipo, a saber, los espectáculos exhibicionistas o pornográficos y la elaboración de material pornográfico, esta captación no exige la consecución final del resultado de utilización. Supone, por tanto, una anticipación en el ámbito de la esfera ejecutiva de esta figura delictiva, y no en la esfera preparatoria en puridad, como sucede en el *child grooming*, regulado en el art. 183 bis CP español.

Así, el *child grooming* es un tipo notablemente relacionado con la captación, por cuanto sanciona como acto preparatorio de los delitos sexuales el intento de captación, aún infructuosa, de una persona menor de edad, seguida de actos de acercamiento, en el marco de un contacto mediante las tecnologías de la información y de la comunicación. Se trata de conductas relacionadas pero diversas que pueden existir aisladamente o pueden ofrecerse en la realidad de una manera consecutiva. Es decir, si al contacto le sigue un intento de acercamiento a la persona menor de edad y la finalidad es la prevista en el art. 183 bis CP español, por ejemplo, cometer una agresión o abuso sexual sobre la persona menor de edad o utilizarla con fines exhibicionistas o pornográficos, estaremos ante una conducta de *child grooming*. No obstante, en el caso de que se trate de acercamiento personal y físico no cabe apreciar *child grooming*, puesto que se trata de un delito que exige en su esfera objetiva su perpetración por vía telemática.

Ahora bien, suponiendo que toda la interconexión discurra telemáticamente, concurre, además del *child grooming*, el delito de captación del art. 189 CP español. En este sentido, y en lo referente a la captación, siendo esta conducta de clara relación con el contenido del tipo del *child grooming*, entendemos que deberá atenderse a la efectividad en el embaucamiento de la víctima. Así, la propuesta de concertar un encuentro, seguida de actos de acercamiento, será castigada como *child grooming*, siempre que tal encuentro no se perfeccione en la esfera real o no se determine a la persona menor de edad a propiciar efectivamente ese encuentro. Si la persona menor de edad, como consecuencia del contacto establecido con ella, desarrolla o permite del tercero los actos tendentes al acercamiento —donde el influjo ejercido por el su-

jeto activo es determinante de aquellos—, la persona menor de edad no sólo ha sido contactada, sino captada.

De esta forma abogamos, sin perjuicio de la cláusula dispuesta en el propio art. 183 bis respecto al concurso de delitos con los referidos arts. 178-183 y 189 CP español, por un concurso de leyes, en el caso de la captación, para ser coherente con el criterio de consunción del art. 8.3 CP español. Caso distinto será que a la conducta de embaucamiento del *child grooming* siga, por ejemplo, una conducta de agresión sexual, de abuso sexual, de elaboración de pornografía o de corrupción de menores. En estos casos, lógicamente, debe seguirse lo fijado respecto del concurso de delitos.

Mientras que, en la legislación salvadoreña las conductas de *child grooming* se encuentran actualmente impunes, y, por lo tanto, se plantea la necesidad de introducir un artículo en el Código Penal salvadoreño que sancione a la persona que a través de las TIC contacte con una persona menor de edad y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer delitos contra su libertad e indemnidad sexuales.

8) En relación con la conducta de financiar o de lucrarse de espectáculos exhibicionistas o pornográficos o de la elaboración de material pornográfico con menores, cuestionamos la posible equiparación a estos efectos del explotador económico de una actividad de exhibición o pornografía de personas menores de edad con aquel que eventualmente hubiere pagado una entrada para ver tal elemento. En la misma línea debemos interpretar la conducta del que paga por una imagen o video pornográfico, aun cuando se justifique que el comprador, con su contribución económica, promueve la comisión del delito y participa en la acción sexual exhibicionista o pornográfica como sujeto pasivo, puesto que ni el comprador ni el asistente al espectáculo pornográfico de personas menores de edad tienen el dominio del hecho. Lo contrario, además, conduciría a una inflación del Derecho Penal y a no ser congruentes con el principio de intervención mínima. Por lo tanto, concluimos que no se puede considerar autor de la financiación de la pornografía o del espectáculo con menores al mero consumidor o espectador o adquirente de estos productos.

No obstante, esta conducta no está ajena al reproche —por cuanto precisamente la lesión a la libertad e indemnidad sexual en un espectáculo tiene lugar, precisamente porque hay clientela dispuesta a tales fines—. No es menos cierto que ponderar como equivalente tal conducta con la del propietario o promotor del acto resulta injustificado, por tratarse de comportamientos de distinta gravedad y peligrosidad

objetiva. Sería preciso efectuar una interpretación restrictiva del tipo para estimar que quien financia los espectáculos exhibicionistas o pornográficos es el que actúa en la forma de empresario y no de mero cliente. Así, en el caso de la legislación salvadoreña, la conducta del comprador está abarcada en el tipo penal del delito de posesión de pornografía regulado en el artículo 173-A del Código Penal salvadoreño. Por lo tanto, en nuestra opinión, el único espacio temporal de impunidad del comprador de pornografía de personas menores de edad se daría en el momento en que realiza una solicitud al vendedor y efectúa el pago, pero aún no ha recibido el material pornográfico solicitado. Dicho momento puede ser considerado un acto preparatorio para el delito de posesión de pornografía, y por lo tanto, sería impune, dado que el comprador no ha dañado con esta conducta previa a la posesión el bien jurídico protegido.

En cuanto al “cliente” que asiste a espectáculos pornográficos en los que participan personas menores de 18 años, incapaces o deficientes mentales, la conducta del mero espectador de este tipo de espectáculos no debería de castigarse con el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces, sino con el delito de omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos, regulado en el artículo 309 del Código Penal salvadoreño.

En caso del CP español, el art. 189.1.a) in fine regula la financiación u obtención de lucro por actividades relacionadas con la pornografía de menores, castigando este precepto a aquel que soporte económicamente la actividad meritada en la norma de referencia o se lucre con ella.

9) En relación con las acciones de importar y exportar reguladas por el artículo 173 del CP salvadoreño, el verbo *importar*, si bien es entendido en su acepción tradicional como introducir en un país géneros, artículos o sustancias de procedencia extranjera, lo que para el caso del delito en estudio equivaldría a la acción de introducir en el país material pornográfico; no obstante, también sería válido considerar la acepción informática del verbo, entendiendo también la acción de importar como obtener información, generalmente en forma de archivo o de otro programa procedente de un servidor o una dirección de IP localizada en el extranjero. Esta nueva acepción se encuentra estrechamente vinculada con el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía, pues también ejecutaría la conducta típica el sujeto que obtenga un archivo o imagen con contenido pornográfico infantil desde otro dispositivo, ya sea con el consentimiento del usuario o de forma clandestina.

Situación similar sucede con el verbo *exportar*, el cual en su acepción informática contempla la acción de enviar información, generalmente en forma de archivo o de otro programa a través de un servidor o una dirección IP nacional dirigida a otro servidor o dirección IP localizada en el extranjero. Por lo tanto, bajo esta acepción, sería típica la acción del sujeto activo que enviara un archivo conteniendo pornografía de menores de edad a otro dispositivo, independientemente de la voluntad del receptor, o de la cantidad de estos.

10) Asimismo, debemos tener en consideración que, dada la multiplicidad de verbos rectores regulados por los tipos penales de utilización de personas menores de edad en pornografía, las acciones típicas pueden superponerse y no es necesario que su realización sea continua, bastando con que el sujeto activo ejecute al menos uno de los verbos rectores para que se entienda cometida la acción típica. De tal manera que las acciones de importación y exportación vía telemática pueden considerarse igualmente constitutivas de actos de distribución o de difusión. Del mismo modo, no es necesario acreditar la reproducción, distribución, publicación, difusión o cualquier conducta posterior a la utilización de la persona menor, incapaz o deficiente mental, pues con la efectiva involucración del sujeto pasivo en un contexto sexual ya se estaría ejecutando la conducta típica de pornografía en la primera fase del *iter* delictivo, a saber, la producción del mismo (siendo el tráfico la segunda fase y el consumo del mismo la tercera fase).

11) Con respecto al tipo subjetivo, y en especial en relación con las conductas de tráfico de pornografía de personas menores de edad, puede concurrir un ánimo de lucro en el autor, pero este no viene exigido por el tipo, siendo igualmente punibles las conductas de tráfico a título gratuito. Sin embargo, y ante tal dispersión de conductas, cabe plantearse si se requiere un ánimo específico de contenido sexual. Es claro que la respuesta no es ni pacífica ni inmediata, ya que en poco o nada se parece la conducta de quien elabora y participa incluso involucrándose sexualmente en la escena de una filmación con una persona menor de edad de aquel otro que comercializa el producto con un total desapego volitivo del contenido de este.

No obstante, no se trata de conductas subjetivamente neutras, puesto que, comúnmente a todas, además del dolo, se les debe atribuir como elemento subjetivo adicional la tendencia a involucrar a personas menores de edad en contextos sexuales para la satisfacción sexual propia o de terceros. En este sentido, consideramos que el elemento subjetivo de lo injusto común a los delitos contra la libertad e indemnidad

sexuales se constituye, ante conductas inequívocamente sexuales, no dudosas, ni subrepticias de ataque contra estos bienes, de un elemento consistente en una tendencia involucradora de carácter sexual, sin necesidad de que presida la conducta un ánimo libidinoso, para aquellas afecciones claras y flagrantes. Para conductas menos patentes, empero delictivas, se precisa además un específico *animus libidinosus* que hace que, en este caso, para aquellas acciones “dudosas” debamos exigir este elemento subjetivo concreto. En efecto, el sujeto, aunque quiera solo lucrarse traficando con pornografía de personas menores de edad, actúa con la tendencia a involucrarlos en contextos sexuales para su satisfacción sexual o la de terceros. Lo mismo el consumidor: no solo posee con dolo, sino que lo hace con la tendencia a involucrar a personas menores de edad en un contexto sexual para su propio deleite. Quedarían así fuera de los tipos el acceso a material pornográfico a efectos investigadores o por mera curiosidad, por ejemplo.

12) En relación con el sujeto activo, consideramos que en los casos en que este sea un pedófilo, a pesar de que en el mismo concurre un trastorno de la personalidad sexual, esto no se refleja ni en la medida de la culpabilidad, pues se considera un vicio de la personalidad que no afecta a su imputabilidad penal, ni tampoco en la penalidad prevista en la ley. Sin embargo, apuntamos que tendría que preverse un tratamiento o recuperación, en caso de encontrarnos ante un pedófilo diagnosticado pericialmente como tal.

13) Con respecto a los concursos de delitos, es importante que los aplicadores del derecho u operados jurídicos tengan presente que la producción de pornografía de personas menores de edad puede implicar un proceso de violencia y, por lo tanto, durante la ejecución de este proceso el sujeto activo puede cometer otros delitos; en primer lugar podría darse un concurso de delitos entre un delito de agresión sexual y un delito de utilización de menores en pornografía, en segundo lugar, la oposición del sujeto pasivo a tomar parte en la acción sexual daría lugar al concurso ideal de delitos con el delito de lesiones, detenciones ilegales, coacciones, amenazas, o cualesquiera otros delitos que se llegaran a cometer para obtener la participación de la persona menor de edad, deficiente mental o incapaz.

Asimismo, el delito de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía puede ejecutarse de forma simultánea con otros delitos contra la libertad sexual del sujeto pasivo, tales como corrupción de menores e incapaces, determinación a la prostitución, entre otros, con los cuales cabrá

apreciar el concurso real de delitos, siempre que estos sean ejecutados de forma independiente del delito en estudio.

De igual forma, los delitos de posesión de pornografía de personas menores de edad puede implicar la realización de un delito de corrupción de menores e incapaces, utilización de personas menores de 18 años e incapaces o deficientes mentales en pornografía u otros delitos vinculados con la explotación sexual del sujeto pasivo. Asimismo, el poseedor de pornografía de menores podría verse involucrado posteriormente en la distribución, comercialización o venta de este tipo de material sin que primariamente tuviera dicha intención.

14) En cuanto a la conducta típica del delito de posesión de material pornográfico infantil, concluimos que la simple descarga para el visionado de este tipo de material no constituirá posesión, pues el acceso a la pornografía no es equivalente a poseerla, tampoco será posesión el conservar la imagen en la memoria caché de la computadora, ni el disponer de claves o llaves encriptadas para facilitar el acceso restringido al material pornográfico, a pesar de que tanto una conducta como la otra sean o constituyan actos de consumo de la misma. Tampoco será típica la conducta de adquirir el material pornográfico sin visionarlo, es decir, sin hacer un uso mínimo, y menos aún procurarse el material de modo ineficaz.

De igual forma, no constituirá conducta de posesión de pornografía de personas menores de edad aquellos casos en los que el funcionamiento autónomo de la máquina unido a la gestión igualmente autónoma de la red, redireccionan las páginas web que se visitan o realizan copias temporales de archivos con contenido pornográfico de menores que podría quedar almacenada de forma involuntaria en una computadora. Por supuesto que en ese caso falta el dolo, aunque resulta inquietante la seguridad de quienes navegan por la red sin ser expertos, probablemente la mayoría.

Por lo tanto, la posesión implica que el archivo se ha descargado y guardado, ya sea en una computadora, teléfono celular o dispositivo electrónico, para su posterior visionado. De igual forma, independientemente del número de veces que se haya realizado descargas de este tipo de material, no podrán ser consideradas como conductas autónomas, en tanto en cuanto ha habido una única voluntad final de acceder material pornográfico.

Asimismo, es relevante tomar en cuenta que se realizará la conducta típica de posesión de pornografía de menores siempre que se entienda que la posesión

es para uso personal y, consecuentemente, no es realizada con ánimo de difusión entre terceros. Así, en el caso de la legislación penal salvadoreña, aunque el tipo penal no lo menciona expresamente, la jurisprudencia salvadoreña ha manifestado que la posesión de la pornografía de personas menores de edad debe ser para uso personal de quien lo almacene y, por lo tanto, debe excluirse cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Esta interpretación es muy importante, para evitar sancionar conductas de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía como un delito de posesión de pornografía de menores, cuya sanción es menor debido a que la vulneración del bien jurídico protegido es significativamente inferior en comparación con la utilización del sujeto pasivo en pornografía.

Así, tal como se evidenció en el análisis de sentencias salvadoreñas, el juzgador puede incurrir en el grave error de calificar de manera incorrecta la posesión de pornografía dirigida a la distribución, venta, comercialización o difusión como posesión para propio uso, lo cual puede incluso llevar a la impunidad. Por lo tanto, de demostrarse que el ánimo de la posesión va más allá del propio uso del poseedor, deberá considerarse la sanción por un delito utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía.

15) En cuanto a los tipos agravados regulados en el artículo 189.3 CP español, en relación con la utilización de personas menores de 13 años, entendemos que si se reconoce que respecto de estos menores se produce una afección más intensa del bien jurídico de la indemnidad sexual, consideramos que esta circunstancia debería también, y por la misma razón, haberse apreciado por el legislador para el tipo de la prostitución y corrupción de menores, tipificados en el mismo capítulo.

En relación con la agravante de que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor económico del material pornográfico, somos de la opinión de que al tratarse de una circunstancia agravante de carácter y contenido patrimonial, y en tal medida, resulta un tanto forzado su encaje en un tipo de naturaleza sexual. No sería así, por el contrario, si la circunstancia atendiera a la cantidad de material. En consecuencia, entendemos que el valor de mercado del material es un aspecto secundario en comparación con el número de víctimas afectadas. Por ello, de *lege ferenda*, si se mantiene definitivamente esta cláusula, somos partidarios de formularla de una

manera diferente, no determinada en cuanto a la cantidad económica sino en cuanto a la cantidad de víctimas.

En cuanto a la agravante de que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, si bien se trata de una circunstancia que hunde su naturaleza en razones de política criminal comprensible (como es, precisamente, sancionar de una manera incisiva a aquellos sujetos que hubieren desarrollado en torno a la actividad ilícita una estructura más o menos organizada para la comisión de los hechos), no obstante, la cuestión de prueba de este extremo resulta en la praxis jurídica un elemento de extraordinaria complejidad, sobre todo para aquellos casos de carácter transitorio que la norma recoge y, máxime, cuando el medio comisivo predilecto es Internet y las TIC (donde es posible encontrarse con agrupaciones desformalizadas de personas: foros de pederastas). Si bien no es cierta esa impunidad aparente, que se consideraba derivada del supuesto anonimato del empleo de las redes telemáticas —puesto que toda actividad informática deja huella—, lo cierto es que advertir, con efectos probatorios suficientes para enervar la presunción de inocencia de los acusados, la existencia de ligámenes estructurales que den lugar a la apreciación del tipo cualificado es un problema procesal probatorio no siempre fácilmente superable.

16) La extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra personas menores de edad, ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores, con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. A tal efecto, el CP español sanciona esta conducta en el art. 183 bis, la cual requiere, en primer término, el contacto con una persona menor de 13 años de edad. Además, a este contacto le ha de seguir la propuesta para concertar un encuentro, orientado a la comisión de los tipos de los arts. 178 a 183 (agresiones sexuales y abusos sexuales) y 189 (pornografía de menores de edad). Por último, exige además que se practiquen actos materiales encaminados al acercamiento.

El tipo del art. 183 bis CP no abarca de forma alguna la esfera de los actos ejecutivos de los tipos de los arts. 178-183 y 189 CP, sino que castiga de manera autónoma e independiente, con posibilidad de concurso de delitos con aquellas figuras, los actos preparatorios de las mismas, en una singular modalidad —a través de las vías telemáticas— y con la exigencia específica como elemento subjetivo del tipo de

un ánimo libidinoso claro, al tratarse de una conducta sexual de carácter dudoso en su patentización.

Por el contrario, en el caso salvadoreño, este tipo de conductas son actualmente impunes, y la realidad, gravedad y peligro que este fenómeno representa para la libertad e indemnidad sexuales de los menores de edad evidencia la necesidad de incorporar, de *lege ferenda*, un tipo penal que sancione al adulto que contacte con una persona menor de 16 años —edad en la que aún no se le reconoce la capacidad para expresar su consentimiento sexual— a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer un delito contra la libertad e indemnidad sexuales del menor de 16 años.

17) Por lo que respecta al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal español actualmente en tramitación, la tendencia que se observa es la de una franca expansión del Derecho Penal en todos los ámbitos, que no siempre está debidamente justificada pero que se explica por la dependencia de España de la normativa europea sobre esta cuestión. El caso de los delitos relacionados con la pornografía de menores de edad es paradigmático respecto de dicha tendencia.

Así, en la actualidad, los tipos penales protegen la indemnidad sexual de las personas menores de 13 años. A partir de esa edad, se entiende que la persona menor de edad tiene capacidad para decidir con libertad no solo la esfera negativa de su libertad sexual sino, en cierta medida, también en la positiva para poder desarrollar su sexualidad y practicar la misma como forma de evolución personal. No obstante, el Proyecto de reforma del Código Penal pretende la elevación del límite de edad de consentimiento hasta los 16 años, aspecto este que modifica profundamente el alcance de los tipos, sin que resulte plenamente justificado.

En primer término, porque considerar los 16 años como edad de inicio de la actividad sexual de una persona menor de edad es desoír manifiestamente las actuales tendencias sociales, que muestran una precocidad en el inicio del descubrimiento de la esfera sexual activa y de las relaciones interpersonales en esta materia. Supone igualmente desconocer que la edad de 13 años es una convención cronológica (para mayor seguridad jurídica) que viene a coincidir con el paso de la niñez a la adolescencia y, por tanto, se trata de cambios a los que ha de atender el legislador si no quiere que sus regulaciones den la espalda a la realidad.

Así, debemos advertir la gravedad de las consecuencias de esta innovación. Supondrá, en primer lugar, que cualquier relación sexual con una persona menor de 16 años sea, *iuris tantum*, delictiva. El legislador que en, principio, con esta medida reconoce incapaces de decidir en materia sexual a las personas menores de 16 —es decir, dignos de protección de su indemnidad sexual, pero no de libertad sexual en su aspecto positivo—, a la par, y para evitar una incongruencia con la realidad y la excesiva criminalización, introduce una eximente de difícil interpretación y que redundará en una grave inseguridad jurídica.

En este sentido, el art. 184 quáter establece que el consentimiento libre del menor de 16 años excluirá la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima a al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Resulta dudosa la naturaleza jurídica de la figura señalada, si bien creemos que constituye una causa de atipicidad, frente a otra posibilidad como sería considerarla una excusa absolutoria basada en consideraciones de política criminal. Sin embargo, tal postulado nos llevaría a tener que afirmar que las relaciones sexuales con persona menor de 16 años, aun en esos supuestos, son delictivas aunque no punibles. Por el contrario, la estimación de una causa de atipicidad se explicaría porque en tales hipótesis se estaría protegiendo la libertad sexual de la persona menor de edad en su aspecto positivo de decidir tomar parte en una acción sexual, pero en todo caso condicionada por el hecho de que la persona con la que se involucra en un contexto sexual sea próxima en edad y grado de desarrollo o madurez, lo que no permite asegurar de antemano si tal libertad del menor puede darse por reconocida legalmente o no, en tanto no sea la autoridad judicial quien lo decida a posteriori.

Desde nuestro punto de vista, el principal problema reside en determinar qué es próximo en edad, aspecto jurídicamente indeterminado, y, aún más, la proximidad en el grado de desarrollo o madurez. Se trata de alusiones a elementos puramente valorativos y, por tanto, conducentes a una enorme inseguridad jurídica. No existen elementos externos claros que permitan determinar el desarrollo de un sujeto en comparación con el desarrollo de otro para poder fijar su proximidad o distancia. Tampoco existen elementos internos nítidos sobre los que efectuar una valoración acerca del grado de madurez de uno y otro y su proximidad o distancia. Por lo tanto, habría sido preferible fijar legalmente una edad de asimetría determinada, como por ejemplo 5 años, y haber prescindido de otros elementos valorativos tan indeterminados y poco evidenciables como la proximidad en el grado de desarrollo o madurez.

Pero, a nuestro entender, el aspecto más criticable sin duda es la doble y contradictoria consideración del legislador respecto de la capacidad de la persona menor de edad. Resulta muy censurable que, mientras se niega al menor la capacidad de decidir libremente sobre el ejercicio activo de su sexualidad para con otro sujeto con carácter general, por considerarlo inmaduro e inadecuada una relación sexual con un tercero, y por ello, digno de protección —y de ahí, la protección de su indemnidad sexual— se admita casi a reglón seguido su capacidad decisoria, siempre y cuando se trate de personas próximas en edad. Si el fundamento de la protección de la indemnidad sexual es la carencia de capacidad decisoria y la ausencia de una formación suficiente de la esfera sexual del sujeto, resulta incomprensible que tal capacidad sí se reconozca cuando se realicen acciones sexuales con un sujeto en *par conditio*, como si de dos comprensiones inmaduras de la realidad pudiere arrojarse, en su conjunción, un verdadero consentimiento libre y jurídicamente relevante.

Asimismo, cabe preguntarse si conductas sexuales de contenido inadecuado para el libre desarrollo de la personalidad sexual, como lo serían comportamientos sexuales patológicos (somasoquismo, necrofilia, zoofilia, etc), serían aceptables aun entre sujetos próximos en edad y desarrollo o madurez, mientras que relaciones sexuales normalizadas en el contexto de un marco afectivo entre sujetos con menor proximidad serían punibles penalmente. En resumen, se trata de una medida con la que se pretende emplear el Derecho Penal como instrumento de educación sexual (cuando no de pura castidad) con una fuerte limitación y restricción de la aptitud para el desarrollo de conductas en tal esfera de la intimidad de las personas menores de edad, que podría dar lugar a la criminalización no solo de adultos, sino también de otras personas menores de edad.

18) Otro aspecto criticable de la nueva regulación del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal es que no contempla la corrupción de menores, en los términos explicados respecto del actual art. 189.4 CP, siendo sustituido este precepto por otro de contenido dispar, por cuanto el futuro 189.4 PRCP viene a sancionar la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Si bien hemos señalado un cierto carácter “residual” del precepto del art. 189.4, ello no obsta que sostengamos el sentido y la relevancia en el tratamiento jurídico-penal de los delitos sexuales contra personas menores de edad de la regulación de la corrupción de menores, por cuanto viene a sancionar específicamente aquella conducta que

lesione de modo particular el libre desarrollo de la personalidad sexual de un menor de edad.

Así, respecto de los mayores de 16 años, podemos encontrarnos ante conductas sexuales sin engaño, ni intimidación ni violencia —por tanto y a priori, lícitas por producirse entre iguales—, pero que efectivamente lesionen el libre desarrollo de la personalidad sexual, y que, fruto de la despenalización de la corrupción de menores, se encaminan a la completa impunidad. En este sentido, no podemos dejar de significar como un elemento negativo la eliminación del precepto regulador de la corrupción de menores en el conjunto de normas que regulan el llamado *Derecho Penal Sexual*. Entendemos que se debería, de *lege ferenda*, realizar una nueva reflexión sobre las consecuencias y riesgos de la preterición de esta norma, en el sentido de la generación de una posible laguna punitiva de relevancia, cuando no, al menos, una incongruencia valorativa.

19) En cuanto al concepto de pornografía que formula el Proyecto de reforma, se equiparan en el plano del reproche, con carácter general y en paridad de condición la pornografía de menores real con la pornografía de menores realista, en la que la lesión a la infancia resulta a todas luces de menor intensidad o simplemente inexistente, tanto que aparece como dudosa la necesidad de considerarla susceptible de integrar el objeto material de un hecho delictivo evidente como lo es la pornografía con menores reales. Y, de equiparar ambos objetos materiales, la respuesta penal debería ser diversa para ese subgénero de pornografía de personas menores de edad.

Por lo tanto, la punibilidad de la pornografía realista, dado que es una mera creación informática, lleva a que abogemos por una más que restrictiva aplicación de tal concepto, reservando la sanción penal para aquel caso el en que la recreación sea, a todas luces, confundible por su perfección técnica con seres humanos reales, de forma que resulten susceptibles de engañar a un espectador medio sobre su realidad de una manera continuada. De modo que si la imagen o video creado es susceptible de ser identificado como recreación informática o similar, el bien jurídico de la infancia resulta ileso o, a lo sumo, se habría intentado lesionar por un medio inidóneo, con lo que debería ser impune.

Asimismo, la alusión en reiteradas ocasiones en las definiciones típicas de las distintas clases de pornografía a los “fines principalmente sexuales”, respecto de las imágenes es censurable dogmáticamente, por cuanto la finalidad no es un elemento ínsito en la imagen, sino en el espectador de la misma. Por ello, las imágenes no

tienen fines, solo representan situaciones o actos. La finalidad debe ser, en todo caso, un elemento subjetivo del tipo, pero no parte de una definición auténtica de pornografía de personas menores de edad. El carácter pornográfico del material lo atribuye el espectador del mismo y no el material mismo.

20) En relación con la equiparación penológica de la posesión pornográfica, la adquisición y el acceso a sabiendas a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, para uso propio (nuevo art. 189.5 PRCP), la crítica es doble. En primer lugar, castigar el acceso a sabiendas a través de las tecnologías de la información y de la comunicación al material pornográfico supone un adelantamiento extraordinario de las barreras penales. Cabe preguntarse cómo y de qué forma puede aseverarse un acceso “a sabiendas” en la intimidad del uso de un ordenador portátil. Salvo una mayor concreción legal, suscita, a nuestro entender, un foco de conflictos futuros para los internautas. No es fácil determinar cuándo se navega en busca de pornografía lícita y de pornografía de personas menores de edad.

En segundo lugar, al equiparar penológicamente las conductas de posesión, adquisición y de mero acceso, se está provocando un efecto criminógeno. Esto es, si la sanción por acceder es la misma que por poseer o adquirir pornografía de personas menores de edad, se optará por estas últimas conductas, más lesivas que el mero acceso. Pero incluso, el que adquiere material no tiene la opción de desprenderse de él para no poseerlo e incurrir en el delito. Es decir, no hay lugar para el desistimiento. En suma, nos encontramos ante el paroxismo del prelegislador que, empeñado en una ultraprotección de la infancia y la juventud, desatiende numerosos principios generales del Derecho Penal, entre otros, el de proporcionalidad de las sanciones, el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos, dando entrada a concepciones moralizantes sobre las conductas sexuales de menores con terceros.

21) En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas involucradas en delitos de pornografía de menores de edad, El Salvador actualmente se rige por un *sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad*, conforme al cual la responsabilidad de las personas jurídicas se deriva de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que representan o administran de hecho o de derecho la sociedad. Sin embargo, a nuestro juicio, el Código Penal salvadoreño, por un lado, debería permitir la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando la persona física que comete el delito en su provecho o beneficio no estuviera individualizada o no hubiera sido posible dirigir el procedimiento contra ella (así en el art. 31 bis. 2 del CP español) y, por otro lado, dado el

sistema vicarial, la responsabilidad de la persona jurídica está basada en hechos ajenos y por ello no se ha logrado formular un criterio autónomo que permita atribuir a esta (siquiera parcialmente), y no a la persona física, la imputación jurídico-penal.

Para ello no basta con que el delito lo cometa la persona física en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica, sino que debería estar incorporado de forma generalizada el criterio de que el delito se base en un defecto de organización relevante. Así llegamos al sistema de culpabilidad de empresa, que fundamenta la responsabilidad de las sociedades en la falta de organización interna de la misma que posibilita la comisión de delitos por parte de las personas físicas integradas o dependientes de la sociedad o empresa. Esto significa que debería aplicarse a las personas jurídicas el sistema mixto, que aúna factores de ambos sistemas, partiendo del principio de transferencia como criterio de imputación, para luego individualizar las penas en función de la culpabilidad de la empresa de acuerdo a la falta de organización (Juanes Peces, 2010).

Sin embargo, en nuestra opinión, si bien una adecuada sanción a las personas jurídicas garantizaría una mejor y efectiva persecución del delito, así como una apropiada indemnización y restitución de derechos de las víctimas, el responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no sería una opción legislativa acertada; en primer lugar, porque no lo exige así la legislación internacional ³/₄ solo lo establece como una opción ³/₄ bastando con mantener la responsabilidad civil y administrativa de la persona jurídica, sobre todo porque las penas reguladas en materia penal coinciden con las sanciones civiles y administrativas que ya se establecen para las personas jurídicas. En segundo lugar, creemos que regular la responsabilidad de las personas jurídicas conlleva a la expansión del Derecho Penal de un modo injustificado al existir sistemas alternativos de igual o superior eficacia penológica (Boldova, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, 2013).

En conclusión, aunque existan supuestos en los que las personas jurídicas puedan verse involucradas en delitos relacionados con la pornografía de menores, la evitación de la impunidad en estos delitos no justifica la sanción “penal” de las personas jurídicas. Así, si bien es necesario que se regulen más sanciones respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, estas deben ser de carácter administrativo o civil, sobre todo cuando la utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales o incapaces en pornografía sea consecuencia de la falta de supervisión

por parte de los órganos de control de la persona jurídica. Este aspecto actualmente se encuentra impune en la legislación salvadoreña que se limita a establecer la consecuencia del cierre de locales comerciales o de cualquier naturaleza cuando se realizaren en estos acciones constitutivas del delito de trata de personas (art. 367-B).

En España, donde se regula una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica las consecuencias para estas personas jurídicas van desde las multas, pasando la suspensión de actividades, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro actividades, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar, o para gozar de beneficios fiscales o de la seguridad social, la intervención judicial hasta la disolución de la persona jurídica.

22) Por lo que respecta a la jurisprudencia salvadoreña cabe resaltar lo siguiente: En relación con los peritajes que se realizan en las investigaciones sobre delitos de pornografía de personas menores, en cuanto a la obtención de las claves de una computadora, en nuestra opinión, la investigación de delitos y la obtención de pruebas debe realizarse de manera rápida y eficaz, para que no se pierdan pruebas importantes en los procedimientos de aplicación de la ley, siendo indispensable que estos procedimientos se realicen salvaguardando los derechos humanos y constitucionales, incluida la protección de la intimidad y de los datos.

En cuanto a los peritajes realizados por los expertos permanentes adscritos a la División Técnica y Científica de la Policía Nacional Civil, podemos afirmar que existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente y, por lo tanto, la policía se encuentra también facultada para examinar o acceder al contenido de las computadoras, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad. Por consiguiente, en razón de esta especial habilitación, no es necesario para validar el dictamen pericial, la presencia del juez o las partes cuando se realicen estos peritajes, pero si manifiestan interés de comparecer a tales diligencias, están facultados para hacerlo, siempre que se haga una solicitud pertinente al juez del proceso.

En relación con el examen y valoración de fotografías con contenido pornográfico, a fin de determinar la edad de las personas que aparecen en estas, se ha establecido que en los casos en que, con el simple visionado de las fotografías, cualquier adulto medio advierte por el aspecto que se trata de niños o niñas. En estos casos, procede aplicar el principio *notoria non egent probationem*: los

hechos notorios no necesitan prueba. Así, si al examinar videos o fotografías se evidencia, por los rasgos externos de las personas que aparecen en estos que las imágenes son claramente infantiles, se podía concluir, sin margen de duda, que en la elaboración de ese material pornográfico fueron utilizadas personas menores de edad.

Distinto es el caso cuando las personas que aparecen en las fotografías o videos estén en las últimas fases de su desarrollo sexual, situaciones en la que puede no es posible dictaminar con seguridad si estas son mayores o menores de 18 años. De no poder establecerse con una probabilidad rayana en la certidumbre que en efecto las personas que aparecen en el material pornográfico son menores de 18 años, habrá necesariamente que valorar la prueba en beneficio del reo, procediendo en estos casos la absolución del imputado, por la aplicación del principio *indubio pro reo*. Por lo tanto, únicamente se podrá tener dicha certeza si resulta posible individualizar a las víctimas que aparecen en el material pornográfico. Así, se podrían analizar las pertenencias del imputado a fin de verificar si este ha registrado los nombres, direcciones, fechas o cualquier otro tipo de información relacionada con las fotografías encontradas. También es aconsejable tener en cuenta la utilización de bases de datos de personas menores de edad víctimas de pornografía, tales como el *Child Victim Identification Program* (CVIP), el *Child Recognition and Identification System* (CRIS), que son administradas por el *National Center for Missing & Exploited Children's* (NC-MEC), o las bases de datos que posee Interpol, y que en el pasado ya han servido para identificar y rescatar a víctimas de pornografía. En el resto de supuestos en los que no sea posible dicha individualización o identificación de la persona afectada y su consiguiente edad en el momento de la realización del material pornográfico, la determinación de que nos encontramos ante menores de edad deberá basarse en una apreciación subjetiva del juzgador que considere que dicha probabilidad de edad es rayana en la certidumbre.

Por otra parte, también es necesario que los investigadores y agentes de policía conozcan bien los procedimientos que se deben seguir en los actos de investigación a fin de garantizar la persecución de delitos y la protección de los derechos de las víctimas.

Concretamente, del estudio de sentencias salvadoreña podemos concluir que es necesario que la Policía fundamente y haga constar de manera adecuada y suficiente sus diligencias de investigación para justificar conforme a derecho su actuar

policial. Todo esto para evitar impugnaciones que conlleven a la vulneración de los derechos de las víctimas y a la impunidad de los explotadores sexuales.

Asimismo, el análisis de sentencias evidenció que en algunos casos, y a pesar de las declaraciones de las víctimas, no se investigaron suficientemente los hechos relacionados con la utilización del menor por parte del imputado para cometer delitos de pornografía de menores. Por lo tanto, se recomienda al órgano encargado de la persecución de los delitos conjurar esta clase de omisiones en la investigación de los delitos de pornografía de menores y de conformidad con el artículo 265 del Código Procesal Penal, certificar la denuncia a la Fiscalía General de la República, para que investigue sobre los hechos testificados por la víctima que podrían ser constitutivos de delitos. De igual forma, estas omisiones advierten sobre la necesidad de capacitar a fiscales y jueces en cuanto a las conductas típicas de los delitos de utilización de personas menores de 18 años, deficientes mentales e incapaces en pornografía y de posesión de pornografía, a fin de que puedan identificar estas situaciones en los hechos delictivos de los que tienen conocimiento, con el fin de garantizar la plena defensa de los derechos de las víctimas.

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda que los delitos de pornografía con menores justifican esta y futuras investigaciones acerca de los mismos, dada la importancia del fenómeno en la actualidad a través de Internet y de otros medios tecnológicos, los frecuentes cambios en las legislaciones nacionales e internacionales sobre estos delitos y la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en riesgo a través de los mismos.

Trabajos citados

- Regina vs. Stamford (Corte de Apelación, 29 de febrero de 1972).
- Miller vs. California (Corte Suprema, 1973).
- New York vs. Ferber (Corte Suprema, 1982).
- España vs. Anónimos, STS 4462/1993 (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, 24 de junio de 1993a).
- España vs. Anónimos, STS 12244/1993 (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, 10 de junio de 1993b).
- El Salvador vs. Aguilar, P0601-5-2001 (Tribunal de Sentencia de Sonsonate, 07 de marzo de 2001).
- Regine vs. Sharpe, 27.3756 (Corte Suprema Canadiense 26 de enero de 2001).
- Pichardo vs. Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, STC 070/2002 (Sala Primera del Tribunal Constitucional 3 de abril de 2002).
- Anónimo vs. Hernández, 1301-19-2003 (Tribunal de Sentencia de San Vicente, 04 de febrero de 2003).
- El Salvador vs. Castellanos, C262-02 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 02 de septiembre de 2003).
- El Salvador vs. Portillo, C 194-02 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 28 de octubre de 2003).
- Anónimo vs. Benavides, 0302-72-2004 (Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, 28 de julio de 2004).
- Anónimo vs. Mejía, 1301-86-2004 (Tribunal de Sentencia de San Vicente, 01 de diciembre de 2004).
- Anónimos vs. Escobar, 0103-70-2004 (Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador 18 de mayo de 2004).
- El Salvador vs. Aguilar, 132-CAS-03 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 09 de marzo de 2004).
- Anónimos vs. Rojas, 0302-117-2005 (Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, 02 de diciembre de 2005).
- Anónimo vs. Anónimo, 1301-10-2006 / 9-2-2006. (Tribunal de Sentencia de San Vicente 27 de febrero de 2006).
- Anónimo vs. Sandoval, 0201-13-2006 (Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana, 08 de febrero de 2006).
- España vs. Anónimo, 58/2006 (Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, 30 de enero de 2006).

- Ruiz vs. Ayala, 331-CAS-2005 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 04 de enero de 2006).
- Anónimo vs. Orellana, P0103-117-2008 (Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, 10 de junio de 2008).
- El Salvador vs. Durán, 232-CAS-2007 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 16 de enero de 2008).
- España vs. Anónimo, 292/2008 (Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, 28 de mayo de 2008).
- España vs. Anónimo, 739/2008 (Tribuna Supremo, Sala Segunda de lo Penal, 12 de noviembre de 2008).
- España vs. Anónimo, STS 2463/2009 (Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, 18 de febrero de 2009).
- España vs. Anónimo, 188/2009 (Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda. 16 de marzo de 2009a).
- España vs. Anónimo, 72/2009 (Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 26 de febrero de 2009b).
- España vs. Anónimo, 28/2009 (Audiencia Provincial de A Coruña, 06 de julio de 2009c).
- España vs. Anónimo, 52/2010 (Audiencia Provincial de Madrid, 03 de febrero de 2010).
- Sociedad Farmaquímicos Salvadoreños vs. Alfaro, 682-CAS-2007 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia 25 de enero de 2010).
- Anónimo vs. Anónimos, INC-227-12 (Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, 20 de diciembre de 2012a).
- Anónimo vs. Anónimos, 453-CAS-2010 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia 19 de octubre de 2012b).
- Aboso, G. E. & Zapata, M. F. (2006). *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. (J. C. Faira, Ed.) Montevideo-Buenos Aires: Bdef.
- Agustina, J. R. (2010). ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *sexting*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(12-11), 11:1-11:44.
- Agustina, J. R. (2011). “¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?» En T. S. Institute, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar* (págs. 85-149). Montevideo-Buenos Aires: Bdef.
- Alastuey Dobón, C. (2006). “La responsabilidad civil y las costas procesales”. En L. Gracia Martín, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (págs. 591-651). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Ashcroft vs. Free Coalition Speech (Corte Suprema).
- Balaguer, M. L. (Enero de 2008). Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer. *Revista Latina de Comunicación Social*(63), 382-391.
- Blanco, E. (Septiembre de 2005). Violencia de género y publicidad sexista. *Revista Latinoamericana de Comunicación CHASQUI*(091), 50-55.
- Bolaños, H. J. (Abril de 2013a). Propuesta de Lege Ferenda al tipo penal de trata de personas artículo 367-B del Código Penal salvadoreño. *Entorno* (52), 24-34.
- Bolaños, H. J. (2013b). *Regulación jurídico-penal de la trata de personas. Especial referencia a El Salvador y España*. San Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador.
- Boldova, M. Á. (2004). *Comentarios al Código Penal Parte Especial* (Vol. II). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Boldova, M. Á. (2008). *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del derecho penal*. México D.F.: Ubijus.
- Boldova, M. Á. (2010). «Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención penal». En Sánchez & Romeo, *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada: Comares.
- Boldova, M. Á. (2013). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios Penales y Criminológicos*, 33, 219-263.
- Bureau of Justice. (Diciembre de 2007). Prosecution of Child Sex Exploitation Offenders. *Bureau of Justice Statistics Bulletin*.
- Byrnes, A., & Freeman, M. (2011). *The Impact of the CEDAW Convention: Paths to Equality*. The World Bank y Nordic Trust Fund for Human Rights.
- Cabrera, M. (2003). “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”. En Lázaro, & Mayoral, *Jornadas sobre Derecho Penal*. Madrid: Atelier.
- Cadoppi, A.; Canestrari, S.; Manna, A. & Papa, M. (2010). *I delitti contro l'onere e la libertà individuale*. Milán: Wolters Kluwer.
- Capolupo, E. R. (2001). *La explotación sexual comercial de los niños. Abuso, pedofilia, criminalidad de los cuellos verdes*. Uruguay: Campomanes.
- Carmona, C. (2004). “Delitos contra la libertad sexual”. En M. Cobo del Rosal, *Derecho penal español: parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Carnegie Foundation. (1995). Marketing Pornography on the Information Superhighway. *Georgetown Law Journal*.

- Carr, J. (2003). *Child abuse, child pornography and the internet*. London: The children's charity.
- Castells, M. (1997). *La era de la información: Fin de milenio* (Vol. 3). Madrid: Alianza Editorial.
- Cerezo, J. (1998). *Curso de Derecho Penal español. Parte General* (Vol. II). Madrid: Tecnos.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (26 de enero de 2001). Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos* (COM [2000] 890 final). Bruselas.
- Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (13 de 10 de 2011). *Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal*. Recuperado el 13 de noviembre de 2013, de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=43,301,0,0,1,0>
- Conde-Pumpido, C. (2004). *Código Penal Comentado*. Barcelona: Bosh.
- Consejo de Europa (09 de septiembre de 1991). Recomendación N° R (91)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y jóvenes mayores de edad.
- Consejo de la Unión Europea (22 de diciembre de 2000). *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea (DO número C 062 E, de 27 de febrero de 2001)*, 327-330.
- Consejo de la Unión Europea (20 de enero de 2004). 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. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Bruselas.
- Córdoba, J. & García, M. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Vol. Tomo II). Madrid: Marcial Ponds.
- Cox Communications (mayo de 2009). http://ww2.cox.com/wcm/en/aboutus/datasheet/takecharge/2009-teen-survey.pdf?campcode=takecharge-research-link_2009-teen-survey_0511. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de http://ww2.cox.com/wcm/en/aboutus/datasheet/takecharge/2009-teen-survey.pdf?campcode=takecharge-research-link_2009-teen-survey_0511
- Crewdson, J. (1998). *By Silence Betrayed: Sexual Abuse of Children in America*. Boston: Little Brown.

- De Luca, J. A., & López, J. (2009). *Delitos contra la integridad sexual*. (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires: Hammurabi.
- Díaz, M. (2006). "Delitos contra la libertad sexual: ¿Libertad sexual o moral sexual?". En S. Mir; M. Corcoy & (Dir.). *Nuevas tendencias en política criminal. Una Auditoría Al Código Penal Español de 1995* (pág. 201). Buenos Aires: BdeF.
- Díez, J. L. (1985). *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reformas*. Bosh.
- Díez, J. L. (Enero-Abril de 2002). "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV (103), 409-447.
- Díez, J. L & Romeo, C. M. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández, J. (2006). "La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2013". En F. Bueno; J. L. Guzmán & A. Serrano, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (págs. 703-725). Madrid: Dykinson.
- Fernández, J. E. (10 de julio de 2006). <http://www.apd.cat/media/220.pdf>. Recuperado el 09 de octubre de 2013, de <http://www.apd.cat/media/220.pdf>
- Fiscalía General del Estado (29 de noviembre de 2006). Consulta 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil. Madrid, España.
- García, C. (2010). "Acerca del delito de pornografía infantil". En E. O. De Toledo y Ubieto, M. Guardiel & E. Cortés, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (págs. 411-430). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, M. & Córdoba, J. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Vol. II). Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Gómez, M. (2010). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova.
- Gracia Martín, L. (1996). La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. En S. Mir Puig, & D. M. Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (págs. 35-74). Barcelona: Bosch.
- Gracia Martín, L. (1997). "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas". En C. M. Romeo Casabona, *Dogmática Penal, política criminal y criminología en evolución* (págs. 103-138). Granada: Comares.
- Gracia Martín, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Instituto de la Mujer. ((s.f.)). *Guía de intervención ante la publicidad sexista*. Madrid: Ministerio de Igualdad.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación; France Telecom, España (2010). *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*. INTECO & Orange.
- Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer [ISDEMU]. (2007). Conferencias y Convenciones Internacionales sobre las Mujeres. *Boletín(15)*.
- Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer [ISDEMU]. (2011a). *Política Nacional de la Mujer*. San Salvador: ISDEMU.
- Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer [ISDEMU]. (2011b). *Segundo informe nacional sobre la situación de violencia contra las mujeres en El Salvador*. San Salvador: ISDEMU.
- Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer [ISDEMU]. (2012). *Informe Nacional sobre el estado y situación de la violencia contra las mujeres 2012*. San Salvador: ISDEMU.
- Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer [ISDEMU]. (2013). *Situación de las Mujeres Salvadoreñas: análisis a partir de la PNM 2011-2014*. San Salvador: ISDEMU.
- Jaishankar, K. (Enero-Junio de 2009). "Sexting: A new form of Victimless Crime?". *International Journal of Cyber Criminology*, 3(1), 21-25.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. (Cancio, Trad.) Madrid: Civitas.
- Juanes Peces, Á. (22 de julio de 2010). "El delito de trata de seres humano en el proyecto de reforma del Código Penal de 1995". *Actualidad Jurídica*, Año XIX(803), 1-6.
- Kuhn, K. A.; Bloxsome, E. & Pope, N. (2007). "The Pornography and Erotica industries: lack of research and need for a research agenda". *International Nonprofit and Social Marketing Conference, Social entrepreneurship, social change and sustainability*. Brisbane.
- Leary, M. G. (2010). "Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues- Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response". *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 17, 487-566.
- Lenhart, A. (15 de diciembre de 2009). http://www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2009/PIP_Teens_and_Sexting.pdf. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de http://www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2009/PIP_Teens_and_Sexting.pdf
- Mangas, A. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (Sexta ed.). Madrid: Tecnos.

- Manzanares, J. L. (2010). *Código Penal. Parte Especial*. Madrid: Comares.
- Marchena, M. (4 de mayo de 2006). "Dimensión jurídico-penal del correo electrónico". *Diario La Ley* (6475), 1-30.
- Marín, E. B. (1999). "La incorporación del "antiguo" delito de corrupción de menores en el 'nuevo' Código Penal». *Cuadernos de Política Criminal*.
- McLaughlin, J. H. (2010). *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*. Florida: Florida Coastal School of Law.
- Ministerio de Sanidad y Consumo. (2012). *Juventud en España 2012*. Madrid: Gobierno de España.
- Miró, F. (2012). *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Ponds.
- Morales, F. (2000). Pornografía Infantil e Internet: La respuesta en el Código Penal español. En J. J. Martín-Casallo, *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Morales, F. (noviembre de 2002). *Fermín Morales - Pornografía infantil e Internet*. Recuperado el 22 de octubre de 2013, de <http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/>
- Morales, G. (2010). *¿Sana crítica o apreciación técnico científica? Análisis de la disyuntiva en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Moreno, F., & Rueda, L. (2004). *Código Penal de El Salvador Comentado* (Vol. II). San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.
- Morillas, D. L. (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid: Dykinson S. L.
- Muñoz, F. (1996). *Derecho penal. Parte Especial* (11a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2004). *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (02 de enero de 2005). Las reformas de la parte especial del Derecho Penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo". *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, 1-34.
- Navarro, B. & Peters, B. (1995). "Pornography harms society". En C. Cozic (Ed.), *Sexual Values. Opposing Viewpoints* (págs. 128-135).
- Organización Internacional de Policía Criminal [Interpol]. (2013). *Appropriate terminology/ Delitos contra menores/ Criminalidad/ Internet/ Home/ INTERPOL*. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de <http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Crimes-against-children/Appropriate-terminology>

- Orts, E. & Roig, M. (2005). "Concepto de *material pornográfico* en el ámbito penal". En *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas.
- Palazzi, P. A. (Mayo de 2008). "Análisis de la ley argentina 23.338/2008 de reforma del Código Penal en materia de delitos informáticos". *Revista de Contratación Electrónica* (93), 1-18.
- Parlamento Italiano. (13 de enero de 2004). Designo di Legge, disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet. (4599).
- Parma, C. (1999). *Delitos contra la integridad sexual*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Parti, K. (2008). "Deviances in the Virtual Reality or the character-altering power of virtual communities". *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 16 (3), 325-343.
- Pérez, J. (s.f.). *El Convenio sobre Cibercriminalidad: apuntes para su incorporación al proceso penal español*. Centro de Estudios Jurídicos.
- Pont, F. (s.f.). ¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía? *e/Dial-DCC2E*.
- Ragués I Vallès, R. (2011). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En J. M. Silva Sánchez, R. Ragués I Vallès, M. T. Castiñeira Palou, D. Felip i Saborit, G. Benlloch Petit, R. Robles Planas, y otros, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (págs. 119-140). Barcelona: Atelier.
- Real Academia Española. (2013). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 14 de noviembre de 2013, de Real Academia Española: <http://rae.es/>
- Ribas, J. (junio de 2006). La gran dificultad está en la interpretación de los informes periciales por parte del juzgador. *Cybex e-newsletter*(17), 3-7.
- Rincón, J., & Naranjo, V. (2012). *Delito informático electrónico de las telecomunicaciones y de los derechos de autor*. Bogotá: Ibañez.
- Rives, A. P. (2008). *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* (4ta ed.). Navarra: Aranzadi.
- Rodríguez, C. (1999). Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico. *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial* (21), 11-50.
- Rodríguez, J. L. (2 de enero de 2009). Dirección IP, IMSI e intervención judicial de comunicaciones electrónicas. *Diario La Ley*, XXIX(7086).

- Rojo, J. C. (2002). La realidad de la pornografía infantil en Internet. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (9), 211-251.
- Rosa, J. M. (2011). *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Rosa, J. M. (2011). *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Rosa, J. M. (2012). Delitos de pornografía infantil: Otra vuelta de tuerca. *Diario La Ley*(7817).
- Rueda, M. Á. (2004). *Protección penal de la intimidad personal e informática*. Barcelona: Atelier.
- Sanz, N. (Enero de 2009). Pornografía en Internet. *Revista Penal* (23), 181-202.
- Schur, E. M. (1965). *Crimes without victims: Deviant behavior and public policy: Abortion, homosexuality, drug addiction*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- Suárez, C. (1995). *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Navarra: Aranzadi.
- Tate, T. (1990). *Child Pornography: An Investigation*. London: Methuen.
- Tazza, A., & Carreras, E. (29 de julio de 2008). Pornografía infantil y violación de identidad. La correspondencia electrónica y la intrusión telefónica. *La Ley*.
- The International Bank for Reconstruction and Development . (2011). *World development report 2012. Gender Equality and Development*. Washington D.C.
- The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy. (2008). http://www.thenationalcampaign.org/SEXTECH/PDF/SEXTECH_SUMMARY.PDF. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de http://www.thenationalcampaign.org/SEXTECH/PDF/SEXTECH_SUMMARY.PDF
- The Social Trends Institute. (2011). Los costes sociales de la pornografía. En T. S. Institute, *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar* (págs. 19-84). Montevideo-Buenos Aires: Bdef.
- Torres, M. E. (1999). El nuevo delito de corrupción de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(01-12).
- Tyler, R. (1985). Child Pornography: Perpetuating the Sexual Victimization of Children. *Child Abuse & Neglect*, 3(9), 313-318.
- Urbano, E. (2009). *La valoración de la prueba electrónica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Urbano, E. (2010). La delincuencia informática: en particular, la reforma de 2010 del Código Penal español. *Retos que genera la delincuencia informática* (págs. 1-5). Barcelona: Red Europea de Formación Judicial.

- Vaquerano, V. (2011). Nuevas leyes promueven periodismo con equidad de género en El Salvador. *La Boletina de ORMUSA*(8), 7-13.
- Velasco, E. (s.f.). Pericias informáticas: aspectos procesales penales. *Revista de Jurisprudencia El Derecho* (4).
- Wortley, R., & Smallbone, S. (2006). Applying Situational Principles to Sexual Offenses against Children. En W. Cullompton, *Situational Prevention of Child Sexual Abuse: Crime Prevention Studies*.
- Wortley, R., & Smallbone, S. (2012). *Child Pornography on the Internet*. Washington, DC: Community Oriented Policing Services.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

RECOPIACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES PUBLICADAS 2008-2013

PRODUCTO	COLECCIÓN
Curso de Derecho Penal Salvadoreño. Parte General Volumen III. Teoría de la ley penal. Miguel Alberto Trejo Escobar	Colección Jurídica
Etnografía de salvadoreños migrantes en Brentwood y Hempstead Nueva York Jorge Arturo Colorado Berrios	Facultad de Ciencias Sociales
Proyecto de registro y reconocimiento de sitios arqueológicos históricos de El Salvador (PAHES-UTEC) José Heriberto Erquicia Cruz	Facultad de Ciencias Sociales Escuela de Antropología
En defensa de la Patria. Historia del Conflicto Armado en El Salvador 1980-1992 General Humberto Corado Figueroa	
Las controversiales fichas de fincas salvadoreñas. Antecedentes, origen y final. José Luis Cabrera Arévalo	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social. Escuela de Antropología
Recopilación Investigativa. Tomo I	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa. Tomo II	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa. Tomo III	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Apuntes sobre Mercadeo moderno José A. Exprúa	
El Estado Constitucional Dr. Mario Antonio Solano Ramírez	Colección Jurídica
Las agrupaciones ilícitas como delincuencia organizada Leonardo Ramírez Murcia	Colección Jurídica
La mujer dormida. Novela corta Eduardo Badía Serra	Colección Literaria
Koot. Revista de museología No. 1	Museo Universitario de Antropología
De la ilusión al desencanto. Reforma económica en El Salvador 1989-2009 Juan Héctor Vidal	Colección Ciencias Sociales
Casa Blanca Chalchuapa, El Salvador. Excavación en la trinchera 4N Nobuyuki Ito	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social. Escuela de Antropología

Recopilación Investigativa 2009. Tomo 1	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa 2009. Tomo 2	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
Recopilación Investigativa 2009. Tomo 3	Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social
El nuevo proceso civil y mercantil salvadoreño	Colección Jurídica
Koot. Revista de museología No. 2	Museo Universitario de Antropología
Discursos en el tiempo para graduados y otros temas educativos José Adolfo Araujo Romagoza	
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación Investigativa 2010	Vicerrectoría de Investigación
Decisiones Dr. Jorge Bustamente	
Compendio Gramatical. José Braulio Galdámez	
Foro económico: El Salvador 2011	Colección Ciencias Sociales
La violencia social delincinencial asociada a la salud mental en los salvadoreños. Investigación Dr. José Ricardo Gutiérrez Quintanilla	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo I	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo II	Vicerrectoría de Investigación
Recopilación de investigación 2011 Tomo III	Vicerrectoría de Investigación
Programa psicopreventivo de educación para la vida efectividad en adolescentes UTEC-PGR Ana Sandra Aguilar de Mendoza- Milton Alexander Portillo	Vicerrectoría de Investigación
El lenguaje delincinencial en El Salvador. Braulio Galdámez	
Medicina tradicional entre los indígenas de Izalco, Sonsonate, El Salvador Beatriz Castillo	Colección Ciencias Sociales
Contenido y proyección del anteproyecto de constitución política de 1950. Dr. Alfredo Martínez Moreno	Colección Jurídica
Revista Koot No 3 Dr. Ramón Rivas	Museo Universitario de Antropología

<p>Causas de la participación del clero salvadoreño en el movimiento emancipador del 5 de noviembre de 1811 en El Salvador y la postura de las autoridades eclesiales del Vaticano ante dicha participación. Claudia Rivera Navarrete</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Estudio Histórico proceso de independencia: 1811-1823 Tomo II Dr. José Melgar Brizuela</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>El Salvador insurgente 1811-1821 Centroamérica. Tomo III César A. Ramírez A.</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Antropología en El Salvador. Recorrido histórico y descriptivo Dr. Ramón Rivas</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Representatividad y pueblo en las revueltas de principios del siglo XIX en las colonias hispanoamericanas Héctor Raúl Grenni Montiel.</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Guía básica para la exportación de la Flor de Loroco, desde El Salvador hacia España, a través de las escuelas de hostelería del País Vasco. Álvaro Fernández Pérez</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>La regulación jurídico-penal de la trata de personas especial referencia a El Salvador y España Hazel Jasmin Bolaños Vásquez</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Infancia y adolescencia en la prensa escrita, radio y televisión salvadoreña Camila Calles Minero Morena Azucena Mayorga</p>	<p>Colección Investigaciones</p>
<p>Participación científica de las mujeres en El Salvador. Primera aproximación Camila Calles Minero</p>	<p>Colección Investigaciones</p>

RECOPIACIÓN DE COLECCIONES “CUADERNILLOS” 2008-2013

TITULO	COLECCIÓN
El método en la investigación. Breve historia del derecho internacional humanitario desde el mundo antiguo hasta el tratado de Utrecht Colección de Derecho No. 1 Dr. Jaime López Nuila Lic. Aldonov Frankeko Álvarez Ferrufino	Colección de Derecho
Modo de proceder en el recurso de casación en materias: civiles, mercantiles y de familia Colección de Derecho No. 2 Dr. Guillermo Machón Rivera	Colección de Derecho
La administración de justicia y la elección de los magistrados de la corte suprema de justicia luego de los acuerdos de paz Colección de Derecho No. 3 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez	Colección de Derecho
La Proyección Social una propuesta práctica Colección Cuaderno No. 1 Lic. Carlos Reynaldo López Nuila	Rectoría Adjunta
Hacia una nueva cultura jurídica en materia procesal civil y mercantil Colección de Derecho No. 4 Lic. Juan Carlos Ramírez Cienfuegos	Colección de Derecho
La educación: ¿derecho natural o garantía fundamental? Dr. Jaime López Nuila	Colección de Derecho
Realidad Nacional 1 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez	Colección Ciencias Sociales
Realidad Nacional 2 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez	Colección Ciencias Sociales
Realidad Nacional 3 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez	Colección Ciencias Sociales
Realidad Nacional 4 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez	Colección Ciencias Sociales
Realidad Nacional 5 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez	Colección Ciencias Sociales

<p>Realidad Nacional 6 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Realidad Nacional 7 Lic. Rene Edgardo Vargas Valdez Lic. Aldonov Frankeko Álvarez</p>	<p>Colección Ciencias Sociales</p>
<p>Obstáculos para una investigación social orientada al desarrollo Colección de Investigaciones Dr. José Padrón Guillen</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Estructura familia y conducta antisocial de los estudiantes en Educación Media Colección de Investigaciones No. 2 Luis Fernando Orantes Salazar</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Prevalencia de alteraciones afectivas: depresión y ansiedad en la población salvadoreña Colección de Investigaciones No. 3 José Ricardo Gutiérrez</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Violación de derechos ante la discriminación de género. Enfoque social Colección de Investigaciones No. 4 Elsa Ramos</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Diseño de un modelo de vivienda bioclimática y sostenible. Fase I Colección de Investigaciones No. 5 Ana Cristina Vidal Vidales</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Importancia de Iso indicadores y la medición del quehacer científico Colección de Investigaciones No. 6 Noris López de Castaneda</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Situación de la educación superior en El Salvador Colección de Investigaciones No. 1 Lic. Carlos Reynaldo López Nuila</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>La violencia social delincuencial asociada a la salud mental. Colección de Investigaciones No. 7. Lic. Ricardo Gutiérrez Quintanilla</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Estado de adaptación integral del estudiante de educación media de El Salvador Colección de Investigaciones No. 8 Luis Fernando Orantes</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>
<p>Aproximación etnográfica al culto popular del Hermano Macario en Izalco, Sonsonate, El Salvador. Colección de Investigaciones No. 9 José Heriberto Erquicia Cruz</p>	<p>Vicerrectoría de Investigación</p>

<p>La televisión como generadora de pautas de conducta en los jóvenes salvadoreños Colección de Investigaciones No. 10 Edith Ruth Vaquerano de Portillo Domingo Orlando Alfaro Alfaro</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Violencia en las franjas infantiles de la televisión salvadoreña y canales infantiles de cable Colección de Investigaciones No. 11 Camila Calles Minero Morena Azucena Mayorga Tania Pineda</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Factores que influyen en los estudiantes y que contribuyeron a determinar los resultados de la PAES 2011 Colección de Investigaciones No. 12 Saúl Campos Blanca Ruth Orantes</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Responsabilidad legal en el manejo y disposición de desechos sólidos en hospitales de El Salvador Colección de Investigaciones No. 13 Carolina Lucero Morán</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Obrajes de añil coloniales de los departamentos de San Vicente y La Paz, El Salvador Colección de Investigaciones No. 14 José Heriberto Erquicia Cruz</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>San Benito de Palermo: elementos afrodecendientes en la religiosidad popular en El Salvador. Colección de Investigaciones No. 16 José Heriberto Erquicia Cruz y Martha Marielba Herrera Reina</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Formación ciudadana en jóvenes y su impacto en el proceso democrático de El Salvador Colección de Investigaciones No. 17 Saúl Campos</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Turismo como estrategia de desarrollo local. Caso San Esteban Catarina. Colección de Investigaciones No. 18 Carolina Elizabeth Cerna, Larissa Guadalupe Martín y José Manuel Bonilla Alvarado</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Conformación de clúster de turismo como prueba piloto en el municipio de Nahuizalco. Colección de Investigaciones No. 19 Blanca Ruth Galvez García, Rosa Patricia Vásquez de Alfaro, Juan Carlos Cerna Aguiñada y Oscar Armando Melgar.</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Mujer y remesas: administración de las remesas. Colección de Investigaciones No. 15 Elsa Ramos</p>	Vicerrectoría de Investigación

<p>Estrategias pedagógicas implementadas para estudiantes de educación media Colección de Investigaciones No. 21 Ana Sandra Aguilar de Mendoza</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Participación política y ciudadana de la mujer en El Salvador Colección de Investigaciones No. 20 Saúl Campos Morán</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Estrategia de implantación de clúster de turismo en Nahuizalco (Propuesta de recorrido de las cuatro riquezas del municipio, como eje de desarrollo de la actividad turística) Colección de Investigaciones No. 22 Blanca Ruth Gálvez Rivas Rosa Patricia Vásquez de Alfaro Óscar Armando Melgar Nájera</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Fomento del emprendedurismo a través de la capacitación y asesoría empresarial como apoyo al fortalecimiento del sector de la Mipyme del municipio de Nahuizalco en el departamento de Sonsonate. Diagnóstico de gestión. Colección de Investigaciones No. 23 Vilma Elena Flores de Ávila</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Proyecto migraciones nahua-pipiles del postclásico en la Cordillera del Bálsamo Colección de Investigaciones No. 24 Marlon V. Escamilla William R. Fowler</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Transnacionalización de la sociedad salvadoreña, producto de las migraciones Colección de Investigaciones No. 25 Elsa Ramos</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Imaginario y discursos de la herencia afrodescendiente en San Alejo, La Unión, El Salvador Colección de Investigaciones No. 26 José Heriberto Erquicia Cruz Martha Marielba Herrera Reina Wolfgang Effenberger López</p>	Vicerrectoría de Investigación
<p>Metodología para la recuperación de espacios públicos Colección de Investigaciones No. 27 Ana Cristina Vidal Vidales Julio César Martínez Rivera</p>	Vicerrectoría de Investigación

Resumen Hoja de Vida



Hazel Jasmin Bolaños Vásquez, es Abogada y Doctora en Derecho (Ph.D.) con especialidad en Derechos Humanos y Derecho Penal, por la Universidad de Zaragoza España, tiene un Diploma de Estudios Avanzados en el Área de Derecho Penal por la misma Universidad y es Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Asimismo, ha realizado diversos cursos de especialización en el área de los derechos humanos y el derecho penal. En la actualidad es investigadora en la Universidad Tecnológica de El Salvador y su línea de investigación se basa en los problemas de los Derechos Humanos en el Derecho Penal. También, se desempeña como Asesora de tesis y Jurado del Tribunal Evaluador en la Maestría en Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas; y forma parte de la Red de Investigadores Salvadoreños (REDISAL-CONACYT). Correo electrónico: hazel.bolanos@utec.edu.sv



Carlos Fuertes Iglesias, nacido en Burgos (España) en 1988, es Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza (2011), Master en Especialización e Investigación en Derecho por la misma Universidad (2013), Especialista y ulterior Master en Ciencias Forenses y Derecho Sanitario por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2007 y 2011), donde además es Profesor colaborador en sus programas de posgrado. Es Abogado del Real e Ilustre Colegio de Zaragoza. Autor y coautor de algunas obras en materia de Derecho Sanitario y Ciencias Forenses, con líneas de investigación en esta materia sobre los límites de la prescrip-

ción farmacológica o el tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. En la actualidad se encuentra desarrollando el Doctorado en Derecho, en el programa de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del Prof. Dr. Boldova Pasamar, siguiendo la línea de investigación de los delitos sexuales contra menores.



Miguel Ángel Boldova Pasamar, nacido en 1964, es Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza (España) desde 2010, donde inició su actividad docente e investigadora en octubre de 1987 y obtuvo una plaza de Profesor Titular en 1996. En la misma ha ocupado los cargos académicos de Vicedecano de Facultad, y de Secretario y Director de Departamento. Es autor de numerosos libros y artículos publicados tanto en España como en el extranjero. Sus principales líneas de investigación versan sobre los problemas fundamentales de la Parte General del Derecho Penal, el sistema de consecuencias jurídicas del delito, el Derecho penal juvenil, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el estudio de diversos grupos de delitos, tales como los delitos urbanísticos, las falsedades documentales, los delitos sexuales, la violencia doméstica y de género y la trata de seres humanos, entre otros. Ha participado en diversos grupos de investigación y de innovación docente nacionales y autonómicos. Desde 2003 es el responsable de un equipo de investigación reconocido como grupo de investigación consolidado por el Gobierno de Aragón y por la Universidad de Zaragoza, denominado do Grupo de Estudios Penales e integrado por doce miembros (once de ellos doctores).

