

LA SANCIÓN PENAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE INTERNET: CUESTIONES CLAVES*¹

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Profesor de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. LA NUEVA DELINCUENCIA A TRAVÉS DE INTERNET. DIFICULTADES DE DETECCIÓN PERSECUCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO.— 2. EL INCIPIENTE FENÓMENO DE LA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LA RED.— 3. LA INICIAL FALTA DE PREVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.— 4. LA LEY ORGÁNICA 11/1999 DE 30 DE ABRIL DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y EL NUEVO ART. 189.1.B.— 5. LA SANCIÓN PENAL DE LOS SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DEL ART. 189.1.B.— 5.1. Cuestiones previas. 5.2. La fijación del límite de protección en la mayoría de edad. 5.3. Los incapaces como sujeto pasivo del delito. 5.4. El elemento subjetivo del delito y su prueba. 5.5. Objeto material: a) El concepto de «material pornográfico». 5.6. Objeto material: b) «en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces». 5.7. Distribución de pornografía: la distribución pasiva. 5.8. La posesión del material pornográfico. 6. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE

* Finalista.

¹ El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación concedido en el año 2001 por el Instituto de Estudios de Seguridad «Duque de Ahumada», bajo el título «Nueva delincuencia en Internet».

RESPONSABILIDAD PENAL A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS (ISPs) POR CONDUCTAS AJENAS DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE INTERNET.— 7. VALORACIÓN FINAL.

1. LA NUEVA DELINCUENCIA A TRAVÉS DE INTERNET. DIFICULTADES DE DETECCIÓN, PERSECUCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO

El fenómeno Internet ha abierto en los últimos años una nueva vía de comunicación y relación interpersonal de extraordinaria transcendencia social y por ello fundamental para el desarrollo de todo tipo de actividades de carácter lúdico, cultural, financiero o comercial. Como no podía ser de otro modo, su nacimiento también conlleva la inevitable entrada de un porcentaje de actividades que merecen la calificación de delictivas. Creo en cualquier caso en que, frente a lo que se afirma desde determinados ámbitos, no se trata de novedosas conductas antisociales que requieran nuevas modalidades típicas delictivas. Lo que realmente está sucediendo es que algunas de las clásicas formas delictivas han encontrado un nuevo canal o medio de difusión que facilita indudablemente su comisión, a la vez que dificulta enormemente su persecución. Parece por ello más correcto hablar de delincuencia no «en», sino «a través» de Internet.

La aparición de Internet y el acceso a actividades delictivas a través de este medio también ha puesto en serias dificultades algunos de los esquemas y métodos tradicionalmente utilizados para hacer frente al delito. No cabe duda de que para los distintos sectores encargados de la legislación, persecución y enjuiciamiento de las conductas delictivas llevadas a cabo a través de Internet se ha abierto una inexorable y urgente necesidad de adaptación de las fórmulas y medios utilizados tradicionalmente en la persecución del delito. Como en algunos casos ya se ha demostrado, no parece que las normas y principios clásicos del Derecho penal, procesal e internacional estén plenamente adaptados para hacer frente a algunas de las fórmulas y actividades que utilizan la Red como medio para llevar a cabo conductas delictivas.

Con la experiencia existente podemos afirmar que la vigencia de principios procesales referidos a la aplicación de la ley penal en el

espacio, y el clásico celo que la mayoría de los países tienen antes de autorizar que un tercer país juzgue a un ciudadano propio, está complicando sobremanera la persecución del delito cometido utilizando como medio Internet. Así, las dificultades se concretan cuando la actividad delictiva tiene su origen en el extranjero y el resultado se produce sin embargo en España; esto es, lo que comúnmente se conocen como «delitos a distancia». La pretensión de las autoridades judiciales españolas de entender cometidos en España este tipo de delitos y reclamar su correspondiente enjuiciamiento² colisiona con la frecuente aplicación de la teoría de la ubicuidad por parte de terceros países³, al ser ésta la más favorable para colmar el afán expansivo de su jurisdicción⁴. Además, en muchas ocasiones, las más importantes conductas delictivas se realizan desde países con legislaciones porosas o flexibles respecto a determinadas infracciones penales, que poseen medios muy limitados, o que no han ratificado ningún tratado y que se hallan fuera de la acción de la justicia.

¿Cuáles están siendo las concretas modalidades delictivas que encuentran «especialmente aprovechable» este medio? Pues destacan, entre otras, la estafa (en particular la estafa informática), los delitos contra la propiedad intelectual, delitos de daños informáticos, delitos contra la intimidad y por supuesto, el delito de difusión de pornografía infantil al que dedicamos nuestro análisis. La selec-

² A tenor de lo dispuesto en el art. 23 LOPJ, corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español (...). Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.

³ Como es sabido, existen tres criterios o teorías: a) Teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva. b) Teoría del resultado, según la misma el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo. c) Teoría de la ubicuidad, de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado (*Vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 209 y ss.).

⁴ Conjugado con la vigencia de principios clásicos como el «principio de no entrega del nacional», según el cual no se concede la entrega de los nacionales por delitos que corresponda conocer a los tribunales del país o el «principio de territorialidad»; de acuerdo con el mismo la eficacia de nuestras normas penales se limita, por regla general, al territorio nacional.

ción de esta última modalidad delictiva se debe, en primer lugar, a su trascendencia cuantitativa, ya que según los organismos encargados de su persecución constituyen más o menos la mitad de los delitos que se cometen utilizando Internet; en segundo lugar, por la importancia de los bienes jurídicos lesionados, y finalmente por tratarse de una modalidad en la que se ponen de manifiesto de un modo destacado todas esas peculiaridades que dificultarían notablemente la persecución de las conductas delictivas llevadas a cabo a través de este medio.

2. EL INCIPIENTE FENÓMENO DE LA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE LA RED

Desde hace algún tiempo, y especialmente en los últimos meses, la opinión pública recibe constantes sobresaltos con noticias relativas a la desarticulación de diferentes redes dedicadas a la distribución de pornografía infantil a través de Internet⁵. Solamente en los primeros seis meses del año 2001 se detectaron diez de estas redes que se dedicaban a publicar en Internet fotografías pornográficas infantiles desde España y con vínculos en el extranjero⁶. Recientemente la denominada «Operación Géminis» supuso la detención de ocho personas en España que formaban parte de una red internacional, que actuaba nada menos que en veintiún países a la vez, produciendo, difundiendo y vendiendo pornografía infantil a través de listas de correo electrónico.

Hoy pocos pueden discutir que la aparición de Internet ha provocado un incremento del intercambio y difusión de material pornográfico referido a menores. Hasta tal punto es así, que ha pasado de ser una actividad casi residual en nuestro país a adquirir indudable relevancia, como demuestran las continuas intervenciones policiales. Las razones parecen evidentes, y es que este medio facilita notablemente la adquisición de este tipo de materiales y, lo que es

⁵ «La dimensión de la extensión de la pornografía infantil se plasma en cifras, con más de 1 millón de imágenes intervenidas en doce países» (Diario *La Vanguardia* 28-9-1999). Vid. <http://www.cyberkyosco.com/timex/sex.htm> (consultada por última vez el 15-2-2002).

⁶ Reuters, 21-8-2000.

más importante, aumenta las posibilidades de mantener el anonimato. En estos dos aspectos, las fórmulas tradicionales (el correo postal o la adquisición mediante la presencia física del interesado en el lugar de venta) no pueden competir con Internet.

La aparición de este fenómeno ha coincidido además con un momento de gran convulsión debido a una serie de casos recientes de pederastia o abusos sexuales con menores, que han motivado la celebración de varias reuniones internacionales (vg. el Congreso de Estocolmo) y, en el caso español, la reforma de los delitos en materia sexual relacionados con menores —reforma operada por Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril—, cuestiones todas ellas en las que ahora no nos podemos detener⁷.

Las críticas suscitadas por esta reforma de 1999, la cual desde algunos ámbitos se considera que ha ido más allá de lo deseable⁸, intensifican si cabe la necesidad de indagar dónde se encuentra el daño derivado de las conductas de quienes difunden materiales (fotos, películas, videos o cualquier soporte audiovisual) en los que aparecen menores o incapaces en actitud pornográfica. ¿Cómo se puede justificar una intervención penal en esta materia cuando el objeto de la acción son los citados materiales y no los menores? (ya que la utilización de estos últimos para elaborar el material pornográfico es cuestión que se castiga de un modo autónomo). La respuesta resulta sencilla, pues las imágenes se obtienen a partir de la utilización sexual de menores (a veces con tortura que en ocasiones se lleva hasta la muerte del menor). La puesta en el «mercado» de estos materiales genera nuevas necesidades estimulando la deman-

⁷ La referida reforma tuvo como principal objetivo reintroducir en nuestro Código el delito de corrupción de menores, que había sido suprimido por el Código de 1995. Dicha introducción fue motivada por el contenido de la conocida STS de 16-9-1996, a la que siguieron una serie de iniciativas (Proposición no de Ley presentada por el GPP el 4-11-1996 y la Recomendación del Defensor del Pueblo presentada el 28-11-1997). Sobre la cuestión ver en sentido crítico, GARCÍA ALBERO, R., «El nuevo delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)», en *Delitos contra la libertad sexual*, n.º 21, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 113 y ss.

⁸ Díez Ripollés, J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Delitos contra la libertad sexual*, n.º 21, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 244, para quien el nuevo delito de corrupción de menores protege la moral sexual colectiva.

da. Si aumenta la demanda aumentará también la oferta y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a menores «de carne y hueso» (normalmente en países del tercer mundo —Filipinas, Tailandia, Rusia, etc.—) en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes⁹. Es precisamente esa la razón que justifica una intervención penal en este ámbito, y en ningún caso el hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores, lo que en definitiva queda dentro de la moral sexual de cada uno.

En cuanto a los espacios virtuales donde se desarrolla la distribución de pornografía infantil, puede afirmarse que de un modo principal son los Chats o conversaciones entre personas que permiten intercambiar textos y fotografías (especialmente los canales IRC), donde se concentra aproximadamente el 85% de estos materiales¹⁰, aunque en algunos casos la difusión se realiza en grupos de noticias (newsgroups)¹¹ e incluso a través de páginas web.

3. LA INICIAL FALTA DE PREVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

El primer supuesto de difusión de pornografía infantil que se juzgó en nuestro país puso de manifiesto la incapacidad del entonces flamante nuevo Código Penal de 1995 para hacer frente a este tipo de conductas. El juzgado de instrucción número 24 de Barcelona se vio obligado a archivar el caso¹², al no existir en el Código ningún

⁹ Los mayores productores de material pornográfico infantil son los países de Europa del Este y del este Asiático, donde ni existe una legislación satisfactoria, ni los medios técnicos necesarios para combatir este fenómeno. Las redes internacionales de pornografía infantil secuestran a niños, sobre todo de los orfanatos rusos para después realizar los vídeos pornográficos.

¹⁰ Agencia Efe, 8-5-2001.

¹¹ El procedimiento más habitual es el siguiente: El sujeto inserta mensajes en los grupos dejando entrever que posee este tipo de materiales. Los interesados se ponen en contacto con él a través del correo electrónico y ambos pactan la fórmula de entrega.

¹² A.S. y D.J., estudiantes de telecomunicaciones, fueron detenidos a raíz de una operación de la Interpol en la que se detectó un servidor de Internet que ofrecía fotografías de pornografía infantil para intercambio. La policía intervi-

precepto destinado a sancionar los supuestos de venta, exhibición y distribución de pornografía infantil realizados por cualquier medio. Antes de proceder a la absolución el referido juzgado intento sin éxito aplicar otros preceptos del Código.

En concreto, el tribunal descartó la tipicidad de dicha conducta sobre la base de que la difusión de pornografía, incluso la infantil, no era delito a menos que se produjese de forma *directa* entre los menores, pues así lo exige el art. 186 CP¹³. Efectivamente, el referido artículo exigía —y exige— un medio directo, lo que a su vez implica la necesidad de una relación directa entre el autor y el sujeto pasivo; esto es, la presencia efectiva del menor o incapaz. Evidentemente a tales efectos, la relación entre el que difunde las imágenes en la Red y el menor que eventualmente pueda acceder a las mismas no es directa. Así, se afirmó en la sentencia aludida que «no se ha podido probar que facilitaran el material a menores». Los suministradores de contenidos a través de la Red no pueden determinar la edad de los usuarios, por lo que si los menores acceden a la información, lo hacen de una forma indirecta y por tanto atípica.

Tampoco pudo ser aplicado el art. 189.1 CP¹⁴, que sanciona la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, debido a que quienes se dedican a difundir las imágenes de pornografía infantil, «no suelen ser los creadores de las mismas» (normalmente son copiadas de otros servidores en la propia Red), «desconocen a quiénes pertenecen y quiénes son los menores en ellas impresos». En rigor, lo que se está utilizando es «la imagen» de los menores, pero no a los menores en sí mismos. Dificultades aún mucho mayores se presentaban para hacer uso de otras figuras delictivas como el art. 187 CP (inducción a la prostitución)¹⁵.

no en el disco duro de uno de los ordenadores 2000 imágenes obscenas de niños entre 3 y 15 años. También se incautaron disquetes, agendas, cintas de video y fotografías de imágenes pornográficas.

¹³ Art. 186 CP: «El que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses».

¹⁴ Art. 189.1: «El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

¹⁵ La conducta típica descrita en el art. 187 CP consiste en ejecutar actos de favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces y no pudo apli-

4. LA LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL,
DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL,
Y EL NUEVO ART. 189.1.b

El deseo de sancionar penalmente los supuestos de distribución de pornografía infantil a través de Internet fue una de las razones que motivaron la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril. La misma tuvo por objeto, según reconoce su Exposición de Motivos, garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexuales de los menores e incapaces. Con ese objetivo se reformaron varios de los preceptos que conforman el Título VIII. Se afirma en tal sentido que las normas contenidas en el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, no respondían adecuadamente, «ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la Sociedad nacional e internacional».

En el mismo texto se hace también expresa referencia a lo que constituye una de las novedades destacadas de la reforma: el reconocimiento legal de la existencia en este ámbito, y junto a la libertad sexual, de un segundo bien jurídico necesitado de protección penal, en concreto, la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces. Para perfilar su sentido se afirma que éstos carecen de la necesaria formación para que su voluntad pueda ser considerada fruto del ejercicio de su libertad y no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

En concreto y en la materia que nos ocupa, tras la reforma del 99, el número 1 del art. 189 ahora agrupa dos modalidades típicas delictivas distintas. Se mantiene, en primer lugar, en la letra a) el delito de utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico. A su vez, esta primera modalidad se escinde en otras dos, según cual sea el fin para el que se utilizan los menores o incapa-

arse al caso en cuestión, porque con la difusión de pornografía en Internet no se induce a la prostitución sino en todo caso a la corrupción (no sancionada en ese momento en el CP).

ces (fin de participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, en el primer caso o fin de servir para la elaboración de material pornográfico, en el segundo). Finalmente, y con el objeto de sancionar los supuestos de distribución de pornografía infantil, se introduce la letra b) del mismo apartado primero¹⁶, donde se castiga *al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida*. Seguidamente se castiga también *a quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de esas conductas*.

Precisamente para hacer frente a los supuestos en que la distribución se realiza a través de Internet se ha incluido en el precepto la doble referencia: «*por cualquier medio*» y «*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuese de procedencia desconocida*», debido a la frecuencia con que este tipo de distribución se realiza utilizando material que ha sido copiado en la propia Red, siendo desconocido su origen. En la práctica totalidad de los supuestos en que se ha intervenido policialmente en nuestro país contra este tipo de conductas se trataba de fotografías o vídeos que reflejaban a menores de países del tercer mundo.

¹⁶ Sobre la base de una idéntica preocupación y en la misma línea se han modificado los textos penales de otros países europeos. Así, por ejemplo la reforma del Código Penal italiano llevada a cabo a través de la Legge 3 agosto 1998, n. 269: *Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, la cual introduce en dicho Código el art. 600-ter n.º 3, que sanciona con pena de 1 a 3 años y multa a quien, por cualquier medio, incluso por vía telemática, distribuya, divulgue o publicite material pornográfico relativo a menores de 18 años. Se trata de una ley de extrema dureza, tanto por el gran número de conductas sancionadas, como por la dureza de las sanciones previstas; *Vid.* CADOPPI, «Commento al art. 1», en *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 2.ª ed., Cedam, 1999, pág. 454. Del mismo modo el art. 17 de la Ley n.º 98-468, de 17 de junio de 1998, introduce en el art. 227-23 en el CP francés, donde se castiga con pena de prisión de 1 a 3 años y multa la difusión, fijación registro o transmisión de la imagen o representación de un menor cuando las mismas presenten carácter pornográfico.

5. LA SANCIÓN PENAL DE LOS SUPUESTOS DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DEL ART. 189.1.b

5.1. CUESTIONES PREVIAS

Analizamos desde ahora las posibilidades reales de subsunción en este nuevo precepto de los supuestos de distribución de pornografía infantil a través de Internet. Estudiaremos para ello conceptos como el de «pornografía» y su adaptación a las conductas que se pretende sancionar. También haremos referencia a las dificultades que plantea en estos supuestos la prueba del dolo y, entre otras cuestiones, la posibilidad de sancionar la que podríamos llamar distribución *pasiva* de pornografía infantil.

De entrada sorprende la equiparación punitiva (prisión de 1 a 3 años) que se prevé para los supuestos delictivos previstos en los apartados a y b del art. 189.1, pues no parece lógico —ni proporcional— que se utilice idéntica respuesta penal frente al que utiliza directamente a los menores para elaborar material pornográfico que frente al que, sin haber tenido nada que ver en la elaboración de dicho material, lo venda, distribuya o exhiba. Este segundo supuesto (salvando las distancias evidentes) es una «especie de receptación», ya que se trata de una situación en la que determinado sujeto se aprovecha de los efectos de un delito cometido por otro. La conducta de este último ostenta una evidente mayor intensidad lesiva, en la medida que supone la utilización en actividades de carácter pornográfico de los menores y no simplemente de su imagen.

5.2. LA FIJACIÓN DEL LÍMITE DE PROTECCIÓN EN LA MAYORÍA DE EDAD

Al igual que sucede con el resto de figuras delictivas referidas a la corrupción y prostitución de menores (Capítulo V, Título VIII) se prevé la sanción penal en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de edad, esto es, aquel que aun no ha cumplido los 18 años (o un incapaz), y ello independientemente de que dicho menor (de 18 años) haya prestado su consentimiento para realizar los actos de carácter pornográfico, para su plasmación en cualquier soporte audiovisual, o para su posterior distribución. Este

límite de edad no se corresponde sin embargo con el de 13 años, fijado por la reforma de 1999, por debajo del cual las relaciones de carácter sexual mantenidas con adultos se consideran en todo caso no consentidas (art. 181.2). Consecuentemente, no habrá delito de abusos sexuales si el sujeto que ha alcanzado los trece años decide libremente, y sin algún vicio que invalide su consentimiento, mantener relaciones sexuales con adultos.

Existiría entonces una aparente contradicción entre lo dispuesto en el Capítulo II, donde se regulan los abusos sexuales y las modalidades delictivas contenidas en el Capítulo V, donde se regulan los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Así, al sujeto que ha alcanzado los 13 años de edad y aún no ha cumplido los 18 se le reconoce capacidad de autodeterminación en materia sexual y consiguientemente capacidad para mantener cualquier tipo de relación sexual con adultos, mientras que se le niega esa misma autonomía para autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración de material de ese tipo y en su ulterior distribución.

Aunque es ésta una cuestión de más amplio alcance, a mi juicio este distinto tratamiento sólo se explicaría si excluimos el automatismo en la aplicación del precepto ahora analizado, cuando el menor que participa en los actos de naturaleza pornográfica tenga menos de 18 años. Dicha posibilidad podría deducirse de la expresión verbal descriptora de la acción típica (*utilizaren*). Así, sólo sería «utilizado» el menor cuando pudiera probarse que el mismo no está capacitado para consentir libremente. De no ser admitida esta interpretación, habría que concluir que, para el legislador español, el proceso de formación sexual (indemnidad sexual) soportaría el mantenimiento de relaciones de carácter sexual, pero no la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ni la participación en la elaboración de material de carácter pornográfico¹⁷.

Cabe ahora preguntarse dónde radica el desvalor localizado por el legislador en los supuestos de distribución de pornografía infan-

¹⁷ Manteniendo una postura crítica con la intervención penal, entiende J. L. DÍEZ RIPOLLÉS («El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *loc. cit.*, pág. 229) que varias de las conductas descritas en los tipos se castigan por tratarse de prácticas que se apartan de las «sexualmente mayoritarias».

til a través de Internet y trasladados como fórmula de represión penal al apartado b del art. 189.1. A mi juicio, en ningún caso se sancionaría la lesión causada a la indemnidad sexual de los menores que aparecen en el material pornográfico que se difunde, y que han sido previamente utilizados para su elaboración, pues el pleno desvalor de esas conductas ya se contiene en el supuesto recogido en el apartado a) del art. 189.1.

Lo que a mi juicio con este precepto se reprime es, en primer lugar, un peligro abstracto para el conjunto de los menores o cuando menos para aquellos que, por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, sean víctimas potenciales de este tipo de prácticas, en la medida en que, como ya dijimos, el abastecimiento del mercado con estos materiales genera nuevas necesidades. En segundo lugar, y ya respecto a los menores cuya imagen aparece recogida en los distintos soportes, existe una evidente lesión de su intimidad personal, en la medida en que se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente y de un modo autónomo en el propio Código Penal (art. 197.5).

5.3. LOS INCAPACES COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO

Junto a los menores son objeto de protección los llamados incapaces, categoría a la que pertenecen según el art. 25 CP todos aquellos, haya sido declarada o no su incapacitación, que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por si mismos. La referida previsión en abstracto resultaría acertada desde el momento en que se trata de personas que, aun habiendo adquirido la mayoría de edad, carecen de capacidad suficiente para comprender el acto de naturaleza pornográfica en el que participan (pensemos en el joven o la joven de 18 o más años que debido a sus deficiencias mentales no es consciente del significado del acto pornográfico que realizan). Sin embargo en la práctica, esta previsión va a resultar inoperante y de hecho otros ordenamientos como el italiano o el francés han renunciado a su tipificación. El precepto español parece haberla incluido más por inercia, ya que aparece también en el art. 187 —prostitución— y en todos los supuestos del art. 189, y es que, como veremos a continuación, las posibilidades de probar que el dolo del autor abarca tal elemento son muy escasas.

5.4. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO Y SU PRUEBA

El sujeto que distribuye las imágenes pornográficas debe ser consciente de que quienes aparecen en las mismas son menores o personas incapaces, siendo suficiente que el mismo acepte dicha posibilidad, pues no existen en el tipo razones para excluir el dolo eventual. Resulta, sin embargo, muy complicado probar que el dolo del autor abarca la minoría de edad, al no existir, salvo en márgenes de edad bastante inferiores a los 18 años, parámetros de desarrollo físico que permitan asegurar con total certeza la minoría de edad con la simple contemplación de las imágenes¹⁸.

En la práctica se presentan enormes dificultades de prueba y los criterios utilizados por la jurisprudencia en el resto de los delitos de este Capítulo para probar el conocimiento de la edad de la víctima (la previa relación del autor con la víctima, el aspecto físico del menor, el lugar donde los hechos se desarrollan) no van a servir para el delito de distribución de pornografía a través de Internet, donde se pierden las posibilidades que ofrece la percepción física, al no existir un contacto siquiera visual con el menor. Los criterios por tanto aquí han de ser otros y así, en la práctica, suelen ayudar a la prueba de este elemento subjetivo determinados datos, como que el sujeto haya reclamado en la Red y por escrito ese tipo de materiales o que existan alusiones a la condición de menor en el texto que acompaña a muchos de los envíos (especialmente en los canales IRC).

Si difícil resulta probar el conocimiento de la minoría de edad, la cuestión resulta poco menos que quimérica en el caso de los incapaces. Sería necesaria una verificación pericial —que normalmente resulta imposible— para constatar la incapacidad, ya que, como sabemos y el propio precepto así lo prevé, con frecuencia el material tiene su origen en el extranjero o es de procedencia desconocida. Cuando excepcionalmente pueda probarse dicha incapacidad, el sujeto podrá alegar un error de tipo generalmente invencible.

¹⁸ El precepto francés, antes enunciado, resuelve parcialmente el problema de un modo expeditivo, aunque quizá discutible, extendiendo la aplicación del precepto a «las imágenes pornográficas de una persona cuyo aspecto físico sea el de un menor de 18 años». Por su parte, el art. 609-sexies CP italiano establece una dura y —desde un punto de vista constitucional— sorprendente presunción *iuris et de iure*, al disponer que «el culpable no puede invocar, en su defensa, la ignorancia de la edad de la persona ofendida».

5.5. OBJETO MATERIAL: A) EL CONCEPTO DE «MATERIAL PORNOGRÁFICO»

El precepto describè el contenido del objeto material del delito utilizando la expresión «material pornográfico». Se plantea con ello la clásica y difícil pregunta acerca de lo que es y lo que no es pornográfico. La respuesta normalmente varía según el momento, el lugar y la persona que se pronuncia sobre la cuestión¹⁹. En cualquier caso, la opinión mayoritaria y jurisprudencial estiman que el calificativo de pornográfico requiere la representación de sexo real o fingido. Así, ha entendido el Tribunal Supremo que son pornográficas «las descripciones literarias o gráficas de actos sexuales que no vengan justificadas por propósito artístico o científico alguno y cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lea o contemple» (STS 2-3-1983 (RJ 1983\1749))²⁰.

La cuestión es trascendente, ya que con cierta frecuencia los materiales que se intercambian en la Red son fotografías de menores desnudos, que sin embargo no realizan actos o gestos obscenos con connotación sexual. El precepto se refiere a «material pornográfico» y, en principio, lo pornográfico implica —como hemos visto— la realización de actos de carácter sexual. En coherencia con lo expuesto, habrá que concluir que en tales supuestos no cabe sanción penal, al faltar un elemento del tipo, en concreto, la cualidad de «pornográfico».

¹⁹ Como afirma F. MORALES PRATS («Pornografía infantil e Internet: La respuesta en el Código penal español», en *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*, CDJ, Madrid, 2000, págs. 178-9), «depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad». (Vid. también, del mismo autor, «La intervención penal en la Red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular», en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, 2001, págs. 111 y ss.).

²⁰ La Recomendación R (91) 1 del Consejo de Europa define la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual» (citado en MORALES PRATS, F., *Pornografía infantil*, loc. cit., pág. 179).

5.6. OBJETO MATERIAL: B) «EN CUYA ELABORACIÓN HAYAN SIDO UTILIZADOS MENORES O INCAPACES»

El precepto exige que se trate de material pornográfico «en cuya elaboración *hayan sido utilizados* menores o incapaces». El legislador español ha seguido con ello un criterio restrictivo, si lo comparamos con la fórmula adoptada por otros ordenamientos²¹. La exigencia de que hayan sido utilizados menores o incapaces impide la inclusión, dentro del ámbito de referencia de la acción típica, de los dibujos o diseños realizados de forma manual o con medios informáticos que representen a menores en actitudes pornográficas, excepto cuando el dibujo o diseño consista en la alteración gráfica de una imagen auténtica de un menor. Tampoco serán típicos los textos en que se incluyan narraciones de carácter pornográfico atinentes a menores.

La necesaria exclusión típica de estos supuestos en algún caso puede resultar desafortunada, ya que no debe perderse de vista que el precepto se configura con el ánimo de castigar tanto el daño causado a los menores que aparecen sobreimpresos, como el peligro abstracto que supone la estimulación de una demanda, para cuya satisfacción van a ser necesariamente utilizados menores y, qué duda cabe, que con la difusión de algunos de los materiales descritos, también se produce ese efecto estimulador.

5.7. DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA: LA DISTRIBUCIÓN PASIVA

El apartado b del art. 189 describe la acción típica con las expresiones «*produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare* (alguna de esas conductas)». En principio de entre ellas la que mejor se adapta al supuesto en que la conducta se desarrolla a través de Internet es la expresión verbal «*distribuyere*», que precisamente da nombre a la «*distribución de pornografía infantil a través de Internet*».

²¹ Así, por ejemplo, el precepto francés castiga tanto el uso de la «imagen» como de la «representación» de un menor; PANSIER, F. J., y JEZ, E., *La criminalité sur l'Internet*, Puf, 2000, pág. 82.

Ya hemos visto que las principales vías de distribución de pornografía infantil a través de Internet aparecen fundamentalmente constituidas por los canales de conversación (IRC). A mucha más distancia se encontrarían las páginas web en las que se ofrecen los vídeos o imágenes normalmente a cambio de precio. Pues bien, importantes dudas se plantean respecto a la tipicidad del primero de estos supuestos (canales IRC), cuando el intercambio se produzca entre sujetos determinados y no se trate de una puesta a disposición de cualquiera que acceda al canal.

En principio la «distribución» —onerosa o lucrativa— parece requerir que se ponga la información al alcance de un número más o menos amplio e indeterminado de personas. «Distribuir» significa *repartir una cosa entre varios*, en el sentido que le ha dado la jurisprudencia en relación con el delito de tenencia y tráfico de drogas o *reparto entre potenciales clientes* [STS 23-9-1998 (RJ 1998\6463)]. En consecuencia, parece difícil la inclusión en el tipo de los supuestos de cesión o intercambio entre personas concretas y determinadas²².

Cabe plantearse también si pueden ser subsumibles en el concepto de distribución aquellos supuestos en que, mediante una serie de programas, los usuarios de los mismos comparten todo tipo de archivos en tiempo real y en numerosos formatos con otros usuarios²³. La principal peculiaridad es que estos programas no necesitan un servidor central ya que usan una estructura descentralizada. El que lo descarga y ejecuta en su PC establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa, los cuales inmediatamente pasaran a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento estén conectados. A mi juicio, en estos supuestos nos encontramos una especie de distribución que, aunque pasiva, es formalmente típica, ya que, si bien el sujeto no envía el material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo.

²² Para la jurisprudencia italiana (por ejemplo, Corte di Casazione, Secc. III, 27 septiembre 2000, n.º 2842, en *Rivista Penale*, n.º 1, 2001, pág. 58) no basta la cesión de este material a sujetos individuales, sino que es necesario que el mismo vea propagado entre un número indeterminado de destinatarios.

²³ Aunque la evolución es frenética, alguno de los programas de este tipo más populares en Internet son: Gnutella, Filetopia, Audiogalaxy, Cute-Mx, Spinfrenzy, SongSpy, I-Mesh, Scour, Morpheus, Kazaa, Aimster, BearShare, etc.

5.8. LA POSESIÓN DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO

En una notable ampliación del radio de protección penal, el legislador en el segundo inciso del art. 189 b) sanciona también «a quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas»²⁴. Se castiga por lo tanto la mera tenencia del material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores, siempre que se trate de una posesión finalística dirigida a la venta, distribución o exhibición del material. Nos encontramos ante una previsión paralela a la posesión de drogas para traficar con ellas, castigada en el art. 368 CP y, al igual que en tal supuesto, la mayor dificultad se encuentra en probar ese elemento subjetivo, concretado en el ánimo de vender, distribuir o exhibir el material pornográfico. Así, al igual que sucede con el delito del art. 368, no subsistirá el delito si el sujeto posee el material pornográfico para «autoconsumo». Sin embargo, el paralelismo entre ambas figuras delictivas aquí se termina²⁵. Las posibilidades de entender probado este elemento subjetivo acudiendo a criterios objetivos (de un modo similar a como ha hecho la jurisprudencia con el delito del art. 368: cantidad de droga incautada, condición de drogodependiente del sujeto, etc.) aquí son mucho menores. Pensemos que el sujeto realiza las conductas desde su propio domicilio, que es también el lugar en donde normalmente se encontrarán (en el propio PC o en cualquier soporte magnético o digital) los materiales; se trata, en definitiva, de una conducta que difícilmente tiene manifestaciones hacia el exterior.

²⁴ La exigencia de que el material se posea finalísticamente no aparece en el CP italiano, que castiga la posesión incondicionada: «Art. 600-quater CP italiano (Detenzione di materiale pornografico): Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 600-ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto e' punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a lire tre milioni». Vid. ampliamente sobre esta cuestión, ROMANO, B., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milán, Giuffrè, 2000, pág. 166; SEMINARA, S., *Riflessioni penalistiche sulla legge 3 agosto 1998, n.269, in tema di prostituzione e pornografia minorile*, en <http://agora.stm.it/pedofilia-Internet/seminara.htm> (consultada por última vez el 15-2-2002).

²⁵ En sentido similar, vid. MORALES PRATS, F., *La intervención penal en la Red*, loc. cit., pág. 129.

6. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS (ISPs) POR CONDUCTAS AJENAS DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL A TRAVÉS DE INTERNET

Nos dedicamos a continuación a la que es quizá la cuestión más compleja de todas las referidas a la actuación del Derecho penal frente a las conductas delictivas llevadas a cabo a través de Internet. En concreto, trataremos de determinar los criterios jurídicos a través de los cuales pueden responder penalmente por este tipo de conductas los proveedores de acceso o Internet Service Providers (ISPs)²⁶. Los ISPs son organizaciones empresariales que —normalmente con ánimo de lucro— además de dar a personas acceso a Internet, les ofrecen otros servicios como por ejemplo, hospedaje de páginas web.

Desde el punto de vista expuesto, no plantea especiales dificultades la atribución de responsabilidades en el supuesto en que el proveedor de acceso sea autor directo de contenidos delictivos; esto es, en el caso que ahora nos ocupa, cuando la distribución de pornografía infantil se realice a través de páginas, soportes o contenidos no alojados, sino pertenecientes al propio Servidor, en cuyo caso, los responsables del mismo que hayan realizado la inserción del material responderán a título de autores, ya que su conducta resulta perfectamente subsumible en la modalidad de la acción típica «distribuyere» contenida en el art. 189.1 b). Estos supuestos no plantean más dificultades que la de determinar quiénes son los auténticos responsables —personas físicas— de tal decisión, los cuales responderán como autores del delito.

Para determinar la responsabilidad enunciada, debe tenerse en cuenta que la actividad desarrollada por los Proveedores de acceso se acomoda notablemente a la desarrollada en el seno de cualquier empresa. La distribución de tareas puede dificultar la labor de determinar quiénes son los sujetos (personas físicas) que han insertado el material en la Red o han dado instrucciones de que así se haga.

²⁶ *Vid.* obras generales, PICOTTI, L., «Fundamento y límites de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet», en *RDPP*, n.º 3, 2000, págs. 211 y ss.; MORALES GARCÍA, O., «Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», en *RDPP*, 2001, n.º 5, págs. 139 y ss.

En cuanto a la responsabilidad del ISP por contenidos ajenos pueden distinguirse varias hipótesis:

- a) Supuesto en el que el proveedor conoce, antes de permitir el acceso, que quien solicita dicha autorización va a realizar actividades delictivas y pese a ello lo autoriza. Recordemos que el precepto sanciona penalmente, no sólo a quien «producere, vendiere, distribuyere o exhibiere material pornográfico», sino también a quien «facilitare» la producción, venta, difusión o exhibición del mismo. La realización de la conducta descrita implica la participación de al menos dos personas: el que distribuye los materiales pornográficos y el que *facilita* dicha distribución. Parece por tanto que la conducta descrita puede ser subsumida sin mayores dificultades en la expresión típica «facilitare».
- b) Sin embargo, la solución se complica respecto a aquellos supuestos en que los responsables de los ISP, una vez que tienen conocimiento por cualquier medio (directamente, por denuncia de particulares, denuncia policial o de asociaciones que promueven la lucha contra la pornografía infantil en Internet²⁷, etc.) de la actividad delictiva, no impiden voluntariamente que ésta continúe, mediante el bloqueo de acceso a la Red.

El castigo del supuesto descrito plantea la duda inicial de si el mismo encaja en alguna de las modalidades típicas y podrá ser por tanto sancionado a título de autoría o por el contrario debe ser tratado como forma de participación en un delito ajeno.

En cualquier caso, y antes de dar respuesta a esta cuestión, debe hacerse una nueva distinción, ya que la solución variará según nos encontremos frente a un delito instantáneo (de consumación instantánea) o permanente, esto es, aquel en que el resultado provoca la aparición de una situación antijurídica de cierta duración.

Así, si se trata de un delito de *consumación instantánea*, los responsables del ISP *sólo* responderán de las conductas delictivas que en su caso tengan lugar desde que hayan conocido la realización de

²⁷ *Vid.*, por ejemplo: <http://stop-pedofilia.net> y <http://www.asociacion-acpi.org> (consultadas por última vez el 15-2-2002).

actividades delictivas y decidido sin embargo no bloquear el acceso. No responderá de conductas delictivas anteriores, pues en ese caso se trata de delito/s ya consumado/s.

Si por el contrario se trata de un *delito permanente*, los responsables del ISP responderán de dicho delito desde el momento en que conocen la presencia de la actividad delictiva y deciden no bloquear el acceso, permitiendo con su omisión la continuidad de la actividad delictiva.

A mi juicio, cuando el delito de difusión de pornografía infantil se lleva a cabo a través de Internet, puede revestir el carácter de permanente o instantáneo según cual sea la concreta fórmula de ejecución que se utilice. Así, en relación con los supuestos más frecuentes de distribución propios de este medio, pueden distinguirse las siguientes hipótesis: 1. Si la distribución se realiza a través de canales IRC, hay que distinguir a su vez que el material pornográfico se envíe a uno o varios destinatarios determinados. 1.1 En el primer caso la consumación será instantánea. 1.2 Si, por el contrario, los materiales pornográficos se dejan a disposición de todos los usuarios del canal, el delito puede calificarse como permanente, en la medida en que la situación antijurídica permanece hasta que dichos materiales sean eliminados o no sea posible el acceso a los mismos. 2. Esta situación se reproduce si la distribución se realiza a través de páginas web, las cuales pueden contener los materiales pornográficos (delito permanente) u ofrecer su descarga, por ejemplo a cambio de precio, o mediante un programa de conexión a la Red a través de un 906 (delito instantáneo). 3. Finalmente, si la distribución se realiza mediante la inserción de los materiales en grupos de noticias (newsgroups), en la medida en que permanecen un tiempo más o menos largo, estaremos ante un delito permanente.

1. En los supuestos que hemos calificado como *permanentes* (ej. plasmación en una página web de imágenes de pornografía infantil) la conducta antijurídica subsiste durante todo el tiempo en que las imágenes están expuestas. El castigo de estos supuestos aparentemente podría en consecuencia plantearse a través de dos vías distintas:

1.1. La primera posibilidad sería subsumir esta conducta en la modalidad típica «*facilitare*», en la medida que la conducta del ISP *hace posible la consecución del fin propuesto*. La inclusión de esta

modalidad en la descripción típica convierte en autoría lo que sería una forma de participación, por lo que resultarán válidas las consideraciones que más adelante realizaremos acerca de la participación en el delito.

1.2. Si por diferentes razones se considerase que la conducta descrita no puede ser subsumida en la expresión típica «facilitare» (p.e. caracterización activa de dicho verbo típico), la segunda posibilidad sería entender que nos encontramos ante un supuesto de participación omisiva, en la medida en que el ISP aporta una contribución causal esencial (relevancia causal respecto a la verificación del resultado) en la distribución del material pornográfico. En definitiva, en el supuesto planteado, el proveedor de servicios pondría en juego un elemento esencial desde el punto de vista causal para la culminación del delito²⁸.

Esta última posibilidad se enfrenta sin embargo a la conocida dificultad de admitir la cooperación por omisión, debido a la presencia de la palabra «acto» en la descripción de los conceptos de cooperador necesario y cómplice contenidos en los arts. 28 y 29 CP. La conducta del responsable del servidor, que no ordena la desconexión o digita sobre el teclado de la máquina principal las instrucciones para desconectar de la Red al usuario que aloja en servidor materiales de pornografía infantil, en ningún caso podría encajar siquiera en la fórmula del comportamiento social positivo distinto del esperado²⁹.

Los inconvenientes descritos podrían impedir el castigo de estos supuestos como formas de participación. Aun en este caso, se plantearía una última opción, que consistiría en sancionar a los responsables del ISP como autores del delito en comisión por omisión, por no haber evitado el resultado lesivo, posibilidad que más adelante analizaremos.

2. En las formas delictivas que hemos calificado como instantáneas (p.e. envío del material previa petición de los sujetos interesados), el planteamiento debe ser totalmente distinto, ya que cuan-

²⁸ Cfr. ACCINI, G. P., «Profili di responsabilità penale dell' "Internet Provider"», *RTDPE*, n.º 40, 4/2000, págs. 977 y ss., pág. 980.

²⁹ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, PPU, Barcelona, 1998, pág. 409.

do el proveedor conoce la actividad delictiva, el delito —recordemos, de consumación instantánea— se encuentra ya consumado, por lo que el mismo no puede ser considerado coautor —por facilitar— ni partícipe —por cooperar en la conducta ajena—.

Aun en este supuesto, puede suceder que cuando los responsables del Servidor conozcan la existencia de un delito —consumado— adviertan a la vez *que la oferta de materiales delictivos continúa*, por lo que su intervención —bloqueando el servidor— puede resultar decisiva para evitar que nuevos delitos lleguen a consumarse e inversamente, la omisión puede resultar esencial y por tanto relevante desde un punto de vista causal. En este supuesto, se plantea nuevamente la posibilidad de apreciar una participación omisiva con los inconvenientes ya descritos. Quedaría como última opción la posibilidad de que los encargados del ISP sean considerados responsables del delito del art. 189 1 b) en comisión por omisión, por no haber evitado el resultado lesivo, posibilidad que plantearemos a continuación.

Mientras que la doctrina italiana se decanta por considerar que los supuestos que estamos analizando son formas de participación omisiva, la represión de estas conductas a través de la responsabilidad en comisión por omisión es la fórmula defendida por la doctrina y seguida por la jurisprudencia alemanas.

En el caso alemán la responsabilidad por omisión impropia, y en concreto la posición de garante, tiene como fundamento el contenido del art. 5 de la Ley 22 de julio de 1997, sobre servicios de información y de comunicación (*Teledienstgesetz* contenida en la *IuKDG*), donde se determina la responsabilidad del Proveedor de servicios por materiales delictivos propios. Respecto a los materiales delictivos ajenos, dispone que los responsables del ISP responderán sólo si tienen conocimiento de sus contenidos y siempre que sea técnicamente posible y exigible impedir la disponibilidad³⁰.

³⁰ Una de las primeras ocasiones en que se aplicó el contenido de dicha disposición fue el conocido «caso CompuServe». Mediante sentencia de 28-5-1998 el Tribunal Superior de Munich condenó a dos años de reclusión al representante legal de *CompuServe Deutschland GmbH* como responsable de la difusión de material pornográfico insertado en la Red a través del Servidor de la central americana del grupo *CompuServe América Inc.* La sentencia condena-

La doctrina italiana insiste por el contrario en considerar que, en tales supuestos, la omisión del servidor es causalmente relevante, y no encuentra dificultades dogmáticas para castigarlos como formas de participación omisiva. La apreciación de posiciones de garantía a efectos de la comisión por omisión resultaría sin embargo prácticamente inviable por diversas razones (reconocimiento de posiciones de control sólo respecto a la tutela de bienes primarios como la vida o la integridad física, o la necesidad de que el tercero —por minoría de edad, enfermedad mental u otra razón— no esté en condiciones de gobernar responsablemente sus actos o bien exista un poder jurídico de impedir la comisión de delitos por parte de terceros)³¹.

Retornando a nuestro país, en los párrafos anteriores hemos planteado la posibilidad de que los sujetos responsables del Servidor de acceso puedan ser considerados responsables del delito del art. 189.

1. b) por omisión impropia en dos supuestos diferenciados:

- a) Modalidades de consumación que hemos considerado como delitos permanentes cuando —por las razones expuestas— no admitimos la posibilidad de castigar mediante la expresión típica «facilitare» y tampoco a través de su consideración como una forma de participación omisiva, debido a las limitaciones derivadas del contenido de los arts. 28 y 29 CP, o porque dicha conducta no pudiera ser considerada causalmente relevante o exista una desconexión en términos de imputación objetiva.
- b) Como anticipamos, esta fórmula no sería posible respecto a los delitos instantáneos de cuya comisión el ISP tenga conocimiento, pues los mismos ya se encuentran consumados, pero sí puede plantearse respecto a la evitación de *nuevos delitos instantáneos futuros* que pudieran tener lugar sobre la

toria ha generado fuertes críticas por parte de la doctrina alemana, en la medida que los responsables de *CompuServe GmbH* hicieron lo que estaba en sus manos, bloqueando el acceso al sitio de pornografía infantil, al que se podía sin embargo seguir accediendo a través de *CompuServe América Inc* (Para obtener más información, *vid.* KÜHNE, H.-H., «Strafbarkeit der Zugangsvermittlung von pornographischen Informationen im Internet», *NJW* 1999, 188-190; HOEREN, T., «Ist Felix Somm ein Krimineller?», *NJW*, 1998, págs. 2792 y ss.).

³¹ SEMINARA, S., «La responsabilità penale degli operatori su Internet», en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Año XIV, Fasc. 4-5, 1998, Milán, Giuffrè, 1998, pág. 765.

base de la subsistencia en la Red de la oferta de los materiales delictivos.

Dejando a un lado la equivalencia requerida por el art. 11 CP, sobre cuyo sentido existe escaso acuerdo doctrinal³², veamos a continuación si los responsables de los servidores pueden estar vinculados por alguna de las fuentes de la posición de garante reconocidas por dicho precepto.

En este sentido, es necesario analizar si alguna de las disposiciones previstas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico³³ pueden ser consideradas relevantes a efectos de la existencia de la obligación legal de evitar un resultado delictivo. Más en concreto, se trata de comprobar si la ley establece algún tipo de obligación (que vincule a los responsables de los servidores) de evitar mediante la supresión del acceso a la Red la realización de una actividad delictiva, en nuestro caso la distribución de pornografía infantil.

En concreto, la Ley determina la responsabilidad general para los distintos tipos de proveedores de servicios: así, en el art. 14 se determina la responsabilidad de los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio intermediación, que consista en transmitir, por una red de telecomunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta; en el art. 15 la de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios; en el art. 16 la de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y en el art. 17 la de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

En los diversos preceptos se establece la responsabilidad de los prestadores de servicios cuando tengan conocimiento efectivo de que

³² Vid. recientemente, REBOLLO VARGAS, R., «Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, págs. 654 y ss.

³³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (BOE de 12-7-2002).

la actividad «es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización». A su vez determinan que el prestador de servicios tiene conocimiento efectivo de tal circunstancia «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución».

A la vista de lo anterior, puede afirmarse lo siguiente. En primer lugar, ciertamente la ley establece respecto a los prestadores de servicios una obligación de evitar el resultado lesivo derivado de una orden de la autoridad competente. Obsérvese en cualquier caso que no se trata de una obligación genérica de evitar el resultado, sino que se establece una obligación de intervenir limitada. Así, los responsables del servidor no están obligados a cancelar el acceso, en los supuestos en que ellos mismos comprueben fehacientemente que un usuario al que le están sirviendo el acceso a la Red, lleva a cabo actos de distribución de pornografía infantil a través de Internet, ni tampoco cuando reciban denuncias de terceros respecto a la realización de tales conductas (por ejemplo de las asociaciones que se destacan por la lucha contra la pornografía infantil). La razón de ser de este limitado nivel de exigibilidad se encuentra, a mi juicio, precisamente en las dificultades (apuntadas en la primera parte de este trabajo) de determinación de alguno de los elementos típicos del precepto, no pareciendo razonable dejar en manos de los particulares la decisión acerca de lo que es pornografía o la de cuándo ésta es infantil.

En cualquier caso, la conclusión relevante que se obtiene a efectos penales es que si los responsables del servidor incumplieran la obligación ahora establecida en el art. 11 del Proyecto de ley, se produciría —a tenor de lo dispuesto en el art. 11 CP— la equiparación entre esa conducta omisiva a la equivalente activa, por existir una específica obligación de actuar (interrupción del servicio o la retirada de determinados contenidos), lo que supone el surgimiento de una posición de garante relevante a efectos penales.

A mi juicio, quizá también cabría encontrar en las situaciones descritas posiciones de injerencia (actuar precedente peligroso)³⁴. La

³⁴ En la doctrina alemana examina C. PELZ («Die Strafbarkeit von Online-Anbietern», *wistra*, 1999, pág. 54) la injerencia y la obligación legal como

conducta del ISP que, tras haber autorizado a una empresa o particular el acceso a servicios (conexión, alojamiento de páginas web, etc.), no interviene —retirando el acceso a la Red— una vez que tiene conocimiento de la presencia de actividades ilícitas puede ser considerada equivalente a título de injerencia al actuar positivo delictivo. Existe una primera actuación —autorización del acceso— que no es antijurídica, debido a la imposibilidad de establecer una obligación general de control absoluto que en la práctica resultaría inviable, teniendo en cuenta la cantidad de páginas adscritas a cada ISP y que además muchos mensajes e información general permanecen sólo temporalmente en el servidor³⁵. El castigo de estos supuestos equivaldría a sancionar a los responsables de una compañía telefónica por el contenido de las conversaciones que se vierten por teléfono. Sin embargo, qué duda cabe que la autorización de acceso es una actividad generadora de una situación peligrosa para el bien jurídico que, de acuerdo con lo dicho, es sin embargo una forma de riesgo permitido («ocasión de riesgo», a efectos del art. 11 b) CP). Por eso, a partir de ese momento (autorización de acceso), los responsables del ISP están obligados a evitar el resultado lesivo, bloqueando el acceso en cuanto tengan conocimiento (por cualquier medio) de la próxima realización de actividades delictivas. En otro caso pueden ser considerados autores del delito en comisión por omisión.

7. VALORACIÓN FINAL

Concluyo aquí este trabajo, con la esperanza de que las indicaciones realizadas puedan, de algún modo, contribuir a la comprensión del precepto analizado y sus posibilidades de aplicación al fenómeno de la distribución de pornografía infantil a través de Internet, por parte de todos aquellos que, desde los distintos ámbitos jurídicos, han de tomar las medidas necesarias para hacerle frente. Es justo reconocer que la norma insertada en el art. 189 1. b) de nuestro Código Penal supone, frente a la situación anterior, un gran avance en el objetivo de perseguir penalmente estas con-

posibles fuentes de la posición de garante en los delitos cometidos a través de Internet.

³⁵ SEMINARA, S., «La responsabilità penale», *op. cit.*, págs. 756 y ss.

ductas que, debido a la constante difusión del medio Internet, han pasado a ocupar un puesto relevante en el ranking de las actividades delictivas singularmente reprobables. A la vez, no puede desconocerse que el precepto aludido resulta francamente mejorable. Factores como la necesidad de demostrar el conocimiento por parte del autor de la minoría de edad o incapacidad de las víctimas van a buen seguro a limitar la operatividad del precepto. Quizá sería por ello necesario valorar la conveniencia de introducir instrumentos correctores similares a los que se han utilizado en otros países. También debe ser objeto de reflexión la conveniencia de castigar —al menos con pena atenuada— los supuestos en que los materiales no reflejan exactamente formas de pornografía (entendida en su acepción más común como actividades de carácter sexual), como sucede con las fotografías de menores desnudos que, sin embargo, cumplen su papel lesivo en el juego de la oferta y la demanda que potencian esta actividad. También hemos visto las dificultades que plantea la determinación de responsabilidades penales en el seno de los ISPs. En tal sentido, deben ponerse en acción todas las fórmulas jurídico-penales existentes en materia de participación y omisión impropia para evitar impunidades que serían difíciles de justificar.

Desde un punto de vista inverso, creo que debería haberse previsto una modalidad atenuada para aquellos supuestos —reales en la práctica— en que este tipo de actividades difusoras son llevadas a cabo sin ningún ánimo (lúbrico o de lucro) que las mediatice. Evidentemente no es igual de reprobable la conducta del pederasta que satisface sus instintos en la Red, o la de aquel que se lucra mediante la venta de estos materiales, que la de aquellos (en la práctica frecuentemente jóvenes universitarios) que por diversión, y sin conciencia real de las posibilidades lesivas de su conducta, ponen en la Red este tipo de materiales, sin que persigan satisfacer desordenados instintos y tampoco obtener un lucro personal.

En definitiva, una vez más el Derecho penal está llamado a desempeñar una misión de especial transcendencia y por eso debe poner todos los medios a su alcance para que noticias como la siguiente no se vuelvan a repetir: *«Un bebé abierto en canal como ni en la más bárbara de las autopsias; una niña de unos cinco años tumbada en una cama con el rostro deformado por el dolor mientras un hombre abusa de ella; una adolescente empalada en un árbol de un bosque... Estas y otras muchas imágenes de perversiones, viola-*

ciones de grupo y demás espeluznantes atrocidades cometidas contra menores de edad, incluidos homicidios en directo, eran inmortalizadas y vendidas a precio de oro en Internet por una colosal organización de pederastas italo-rusa dedicada a la pornografía infantil que ayer quedó desarticulada. (...) Antes de pagar, algunos de los italianos arrestados pidieron, en los e-mail enviados a la organización, tener la garantía de que el niño estuviese de verdad agonizando durante el acto sexual»³⁶.

³⁶ <http://www.elmundo.es/2000/09/28/sociedad/28N0109.html> (consultada por última vez el 15-2-2002).