

EGUZKILORE

Número 20.
San Sebastián
Diciembre 2006
163 - 177

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN POR DIFUSIÓN DE CONTENIDOS ILÍCITOS A TRAVÉS DE SISTEMAS INFORMÁTICOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL, LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y LA DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Manuel GÓMEZ TOMILLO
*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

Resumen: Se realiza una breve exposición de los requisitos que deben concurrir para la aplicación, si es que procede, del artículo 30 del Código Penal a delitos cometidos a través de Internet. Sobre tal base se analizan, sucintamente, los problemas jurídico-penales que se presentan en relación con algunos de los grupos de delitos que poseen una mayor relevancia criminológica en tal ámbito, como son los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la difusión de pornografía en cuya elaboración hayan participado menores o incapaces.

Laburpena: Zigor kodeko 30. artikulua aplikatzeko, bidezkoa baldin bada, behar diren baldintzen gaineko azalpena gauzatzen da, Internet erabiliaz egindako delituentzako. Oinarri honen bitartez kriminologiaren eremuan garrantzi handia duten delitu taldeen arazo politiko-penalak aztertzen dira laburki, hala nola, jabetza intelektualaren kontrako delituak, publizitate iruzurtia eta adingabe edo ezgaiek parte hartu duten pornografiaren zabalkundea.

Résumé: On effectue un bref exposé des conditions qui doivent concourir pour l'application, s'il y a lieu, de l'article 30 du Code Pénal dans le cas des infractions commises sur Internet. Sur une telle base, on analyse, succinctement, les problèmes juridiques qui se présentent par rapport à certains groupes d'infractions qui possèdent une plus grande importance criminologique dans ce domaine, comme c'est le cas des délits concernant certains droits de propriété intellectuelle, la publicité trompeuse et la diffusion de pornographie duquel ont pris part des mineurs ou incapables.

Summary: Requirements that must be fulfilled for the enforcement, if appropriate, of the article 30 of the Spanish Penal Law to crimes committed in the Internet are briefly exposed. Taking this into account, juridical and penal problems related to some kind of crimes that are criminologically relevant are analyzed. These

are: copyright crimes, deceptive publicity and pornography distribution when minors or incapables have taken part of it.

Palabras clave: Derecho penal, delitos, Internet, Propiedad intelectual, Difusión de pornografía.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, delituak, Internet, jabetza intelektuala, pornografia zabalkundea.

Mots clef: Droit pénal, délits, Internet, Propriété intellectuelle, Diffusion de pornographie.

Key words: Criminal Law, crimes, Internet, Copyright, Pornography distribution.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende hacer una breve exposición de los requisitos que deben concurrir para la aplicación, si es que procede, del artículo 30 del Código Penal español, que establece la clásica estructura de responsabilidad escalonada, a delitos cometidos a través de Internet. Sobre tal base, se analizará, brevemente algunos de los problemas jurídico penales que se presentan en relación con algunos de los grupos de delitos que poseen una mayor relevancia criminológica en tal ámbito, como son, los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la difusión de pornografía en cuya elaboración hayan participado menores o incapaces.

En cuanto a lo primero, como es conocido, el artículo 30 del Código Penal, es una norma concebida para ser aplicada en delitos cometidos «utilizando medios o soportes de difusión mecánicos». La cuestión que debe dilucidarse es si procede o no su aplicación a delitos cometidos a través de Internet, en la medida en que la redacción del precepto resulta escasamente precisa al aludir a medios «mecánicos», lo que, en opinión de algún autor, parece ser incompatible con un medio tan sofisticado como puede ser Internet. No se trata tan sólo de un problema teórico, la cuestión planteada puede tener un amplísimo campo de aplicación, por ejemplo en relación con la edición digital de determinados periódicos, cuyos contenidos no necesariamente tienen que coincidir con la edición impresa, o con los contenidos antijurídicos de páginas *web* particulares que cualquiera puede construir, etc. Por otra parte, los delitos que pueden estar implicados son muchísimos. Los más evidentes serían los delitos contra el honor, las injurias y las calumnias de los artículos 205 y ss. CP (resulta frecuentísimo en la realidad, aunque ello no suele trascender a los tribunales de justicia que en los chats, foros *web*, etc. se viertan expresiones insultantes contra particulares o personajes públicos). Pero el problema se puede presentar también en relación con muchas otras figuras delictivas, por ejemplo, los artículos 197 y ss. CP, con la venta o distribución de material pornográfico en cuya elaboración hayan intervenido menores de edad o incapaces, artículo 189.1 b) CP; el enaltecimiento o justificación del terrorismo, artículo. 578 CP; la negación o justificación del genocidio, artículo 607.2 CP; incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de aplicarlo a los delitos contra la propiedad intelectual, las estafas que puedan acaecer a través de Internet y a la publicidad engañosa, entre otros muchos.

Conviene advertir que, pese a la enorme potencialidad del problema apuntado, sin embargo, la jurisprudencia registra escasísimos precedentes, quizá vinculado a la novedad de la materia, a los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio, característicos de esta clase de delitos o a la enorme masa de información que circula por la red.

Por último, debe hacerse notar que no sólo se trata de un problema jurídico penal, sino que, al tiempo, pueden plantearse complejos problemas de responsabilidad civil derivada de delito, en la medida en que muy frecuentemente el proceso penal es el cauce seleccionado por la víctima para obtener un resarcimiento económico. Si frecuentemente el autor del delito es insolvente, no se puede decir lo mismo de quienes realizan servicios de intermediación en la red, como los proveedores de servicios, muchas veces muy conocidas empresas, que prestan el espacio de sus servidores donde se alojan contenidos antijurídicos¹.

2. LA CUESTIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ESCALONADA, ART. 30 CP, A DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET

Como hemos expuesto ya, el problema de la aplicabilidad del artículo 30 CP a los delitos cometidos a través de Internet se plantea a la vista de la dicción literal del artículo 30.1 del Código Penal. Este dispone que la norma se aplica a los delitos y faltas «que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos». Algún autor ha venido sosteniendo que la máquina de escribir es un elemento mecánico, mientras que el ordenador es un elemento informático no es mecánico². Como resulta evidente, la consecuencia de tal planteamiento sería una drástica reducción del ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad en cascada, el cual sería sustituido por el régimen general de codelinuencia, de la autoría y de la participación de los artículos 27 y ss. CP.

1. Sobre los particulares problemas de responsabilidad civil que pueden plantearse nos remitimos a nuestra obra: *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2ª ed. Pamplona, 2006, pp. 175 y ss.

2. Vid. J. López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, Madrid, 1996, p. 90, quien añade «La discusión de la televisión carece de objeto: sin duda, la televisión no es un medio ni soporte de difusión mecánico. Lo mismo sucede con "Internet" y con muchos sistemas actuales de comunicación»; posteriormente ha expresado una opinión muy próxima, O. Morales García, «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios en la sociedad de la información», *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2002, pp. 219-220; también publicado en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, (F. Morales Prats; O. Morales García, coords.), Pamplona, 2002, pp. 163 y ss. y en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, núm. 3, 2001, pp. 139 y ss.; y, por fin, en www.uoc.edu/in3/dt/20008/index.html; las citas se entienden hechas a la primera de las obras citadas; este autor contraponen medio «técnico» a medio «mecánico»; lingüísticamente no alcanza a ver la incompatibilidad entre ambos términos; coincidente con este último autor, vid. J.J. López Ortega, «Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en internet», *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho judicial, 2001, pp. 115 y ss. Vuelve a insistir en su criterio J. López Barja de Quiroga en *Comentarios al Código Penal*, (C. Conde Pumpido Tourón dir.), Barcelona, 2007, p. 348. Favorable a la aplicación del artículo 30 parecen mostrarse G. Quintero Olivares; F. Morales Prats; Prats Canut, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2006, p. 644.

Carece de sentido utilizar como argumento a favor o en contra de la utilización del artículo 30 la Ley de Prensa e imprenta de 1966, no sólo porque esta norma preconstitucional y ampliamente derogada carece de función en el ámbito del Derecho penal, el cual, por supuesto, no se encuentra vinculado por sus disposiciones, sino porque el propio artículo 30 posterior a aquella expresamente capta múltiples hipótesis a las que no se refiere la citada Ley, como puede ser la radio o la televisión; vid., no obstante, O. Morales García, «Criterios de atribución de responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 218.

No podemos compartir tal punto de vista³. Un análisis detenido del artículo 30 del Código Penal pone de manifiesto una amplia pluralidad de argumentos que apuntan contundentemente en dirección contraria a la expuesta⁴:

En primer lugar, aceptar la opinión de quienes rechazan aplicar el mentado artículo 30 a los delitos cometidos a través de Internet dejaría prácticamente vacío de contenido el citado precepto, el cual quedaría reducido exclusivamente a la imprenta clásica que funcionaba mecánicamente, lo cual carece por completo de sentido.

En segundo lugar, desde un punto de vista teleológico la conveniencia de utilizar el artículo 30 CP a los delitos que nos ocupan se desprende claramente si se tiene en cuenta el fundamento del artículo 30 del Código Penal. Este es, por una parte, limitar la responsabilidad cuando se encuentra en juego la libertad de expresión o de información y, por otra, luchar contra el anonimato⁵. En los delitos cometidos a través de Internet parece claro que están en juego las citadas libertades: la red es en la actualidad el cauce donde se expresa un amplísimo porcentaje de la población, entre otros muchos factores, porque no hay nada más anónimo.

3. Algún autor utiliza como argumento para excluir la utilización del artículo 30 a esta clase de delitos lo inadecuado de las categorías empleadas en el citado precepto. Así, se refiere a los usuarios que sin ser autores de las imágenes que hospedan, «bajo la técnica del linking en sus páginas *web*», conocen el contenido ilícito que se esconde en los enlaces de remisión; tales sujetos no pueden ser considerados, directores de la publicación o del programa (O. Morales García, «Criterios de atribución de responsabilidad penal...», *op. cit.* (n. 2), p. 220). Como veremos posteriormente, compartimos que las categorías citadas no son adecuadas para captar los supuestos a los que se refiere este autor. Pero el artículo 30 no se limita a esas categorías (Morales García omite toda referencia al director de la empresa difusora), por lo que del argumento descrito no se puede extraer sin más la conclusión de la inidoneidad del precepto que examinamos para regular los fenómenos delictivos en los que hay difusión de contenidos ilícitos. Otra cosa es que, como hemos tenido ocasión de defender monográficamente, el artículo 30 no proporcione una regulación adecuada a la problemática de la codelinuencia en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, lo que incluye también a Internet, y que se debiesen aplicar las normas generales de la autoría y la participación, más que suficientes para dar una respuesta satisfactoria: vid. M. Gómez Tomillo, *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, Granada, 1998, *passim*. No obstante, una cosa es que el régimen jurídico sea inadecuado y otra muy distinta que pueda prescindirse sin más de él mientras sea derecho vigente.

4. Una discusión análoga en torno a la aplicación de las normas de responsabilidad en cascada a los delitos cometidos a través de Internet aparece frecuentemente en el derecho comparado; en Italia, vid. V. Zeno-Zencovich, «La pretesa estensione alla telematica del regimen della stampa», *Il diritto nel Cyberspazio*, a cura di F. Brugaleta e F.M. Landolfi, Napoli, 1999, pp. 70-1); G. Corrias Lucente, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Verona, 2000, p. 259-260, donde pone de manifiesto la tendencia de la jurisprudencia italiana a aplicar el régimen de la prensa e imprenta a estos delitos, si bien manifiesta su rechazo, fundamentalmente sobre la base de argumentos literales; en Alemania, Suiza y Francia, vid. U. Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet. Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedia Regelungen*, München, 1999, 435; 436, n. 643; 444; en relación con el último de los países citados vid. J.Y. Lassalle, «Responsabilité pénale du producteur d'un service telematique (Cass. Crim., 8 déc. 1998)», *La Semaine Juridique* 1999, 29, pp. 1418 y ss., precisamente comentando un caso de la jurisprudencia francesa donde se aplicaron las reglas de la responsabilidad en cascada.

5. Pese a lo cual, hemos sostenido que tanto desde una perspectiva histórica como jurídica el único fundamento de tan especial regulación lo constituye el anonimato; vid. M. Gómez Tomillo, *Libertad de información...*, *op. cit.* (n. 3), pp. 440 y ss.; desde un punto de vista histórico, vid., también, nuestro trabajo «El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, 3, 1999, pp. 77 y ss.; en sentido próximo, vid. Victor Gabriel Rodríguez, *Responsabilidade penal na lei de imprensa. A Responsabilidade sucessiva e o direito penal moderno*, 2004, particularmente pp. 213 y ss.

En tercer lugar porque ni siquiera literalmente se sostiene la interpretación que rechaza aplicar la estructura de responsabilidad en cascada a los delitos de difusión por medio de Internet, en la medida en que el concepto «mecánico» tiene que ver etimológicamente con «máquina»⁶, y el ordenador es una máquina⁷.

En cuarto lugar, una interpretación sistemática requiere considerar el precepto en su conjunto, poniendo en relación el apartado primero con el resto de apartados en los que se estructura el citado artículo 30. En efecto, de seguir la intelección aquí criticada, carecerían de sentido los números 2º y 3º del apartado 2, en los que se incluyen los conceptos de «directores del programa», «directores de la empresa emisora», etc. Estos sujetos se encuentran al frente de un modo de expresar el pensamiento que nada tiene que ver con las imprentas del Siglo XIX, momento histórico en el que surge en España la regulación escalonada de la responsabilidad que hoy consagra el artículo 30. Dicho con otras palabras, el propio Código Penal parece admitir que la radio o la televisión, al frente de las cuales se encuentran los directores del programa o de la emisora a las que alude la Ley, constituyen medios «mecánicos» de difusión, al menos en sentido legal, lo que parece abrir las puertas también a los casos que nos ocupan, esto es, a los supuestos de difusión de contenidos ilícitos a través de Internet.

Por último, siempre cabría recurrir para aplicar el beneficioso artículo 30 a la analogía, la cual en el caso que nos ocupa sería *in bonam partem*, en la medida en que el citado precepto, supone una limitación de la responsabilidad penal, nunca una ampliación de la misma⁸.

6. Según el diccionario, cualquier artificio para aprovechar, dirigir o regular la acción de una fuerza.

7. En sentido próximo, C. Conde-Pumpido Ferreiro, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, T. I., 1997, p. 975).

No entramos en ulteriores argumentos posibles como Asimismo, una lectura conjunta del artículo 30, del 120.2º –en cuanto a responsabilidad civil–, del 211 –en materia de injurias y calumnias–, y del 599.2º –dentro de los delitos relativos a la defensa nacional–, entre otros, corrobora el punto de vista expuesto.

8. Acepta tal criterio manifestado en la primera edición de esta obra: M. Marchena Gómez, «Dimensión jurídico penal del correo electrónico», *La Ley*, núm. 6475, 2006 (XX Premio La Ley), nota 39. Se trata de un argumento que ha sido utilizado no sólo en España, sino también en Alemania o en Austria. Al respecto, vid. G. Schmölzer, *Informatikrecht*, (D. Jahnel; A. Shramm; E. Staudegger –Hrsg–), 2. Auf., Wien, N. York, 2002, p. 368; en Alemania, vid. S. Barton, *Multimediastrafrecht. Ein Handbuch für die Praxis*, 1999, p. 99. En cualquier caso, destaca Sieber como en prácticamente todo el mundo las normas que se van promulgando en la materia se apoyan en las generales propias de prensa e imprenta tradicionales: U. Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet*, *op. cit.* (n. 4), 435, 444, donde propugna adaptar las normas de prensa e imprenta a Internet, no superarlas; asimismo, pone de manifiesto este autor que no es extraño que instituciones jurídicas tradicionales como la autoría en cascada se actualicen y acaben siendo aplicables también a esta clase de delitos (id., 436, n. 643, con referencia a la situación francesa y suiza); destaca Sieber que si la estructura escalonada de la responsabilidad no es aplicable, la razón reside más que nada en que está diseñada para publicaciones que acaecen dentro de las fronteras nacionales (ibid.). En Italia se ha sostenido que el régimen jurídico penal de la prensa e imprenta no es aplicable a los delitos cometidos a través de redes telemáticas, en la medida en que ello supondría una analogía *in malam partem* (vid., por ejemplo, V. Zeno-Zencovich, «La pretesa estensione alla telematica...», *op. cit.* (n. 4), pp. 70-1; en sentido próximo: G.O. Accinni, «Profili di responsabilità penale dell'Internet provider», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2000-4, pp. 978-9). Obviamente la situación descrita en el texto en España es, por completo, diversa. Por último, la proximidad es recogida en los textos internacionales; así, el punto 12 de la Resolución del Parlamento europeo adoptada el 24 de abril de 1997 sobre contenidos noci-

Como consecuencia de lo expuesto, se puede llegar a la conclusión de que no existen problemas estimar aplicable el esquema de responsabilidad escalonado que acoge el citado artículo 30 CP a los casos de difusión de contenidos antijurídicos realizados a través de Internet⁹.

3. EXAMEN DE LOS REQUISITOS PRECISOS PARA APLICAR EL ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD ESCALONADO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 30 CP

Aceptado que no existe obstáculo legal alguno para aplicar el artículo 30 del Código Penal a los delitos cometidos a través de Internet, es preciso acotar los requisitos necesarios para ello, en cuanto es inasumible que el mero hecho de utilizar la red como medio comisivo determine los privilegios de punibilidad a asociados a tal norma. Desde mi punto de vista, carecería por completo de sentido, por ejemplo, excluir la responsabilidad de cómplices y encubridores en un delito de estafa, cuando ésta se lleve a cabo por el cauce de Internet. Igual juicio merecen los daños informáticos¹⁰. Del mismo modo, no parece que se deba recompensar la promoción del consumo de estupefacientes a través la red, con una prerrogativa punitiva¹¹. Más bien procede una interpretación restrictiva, coherente con su carácter de norma excepcional, de acuerdo con la cual la desviación de las normas generales de autoría y participación sea posible sólo en determinadas hipótesis¹².

Entiendo, pues, que son dos los requisitos que deben estar presentes para que proceda considerar la aplicación del artículo 30 del Código Penal: En primer lugar, que el contenido difundido pueda ser considerado en sí mismo ilícito, desvalorado por el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, que la conducta consista en la difusión y que tal difusión de contenido antijurídicos forme parte de la conducta típica¹³.

...

vos en Internet literalmente afirma que el Parlamento «Hace constar que el problema de los contenidos nocivos en Internet es por naturaleza similar al que afrontan los modos tradicionales de comunicación...».

9. La jurisprudencia, en lo que alcanzo a ver, sólo se ha pronunciado sobre la cuestión que exponemos de forma esporádica, pero cuando lo ha hecho, viene aceptando la aplicabilidad del artículo 30; vid., por ejemplo, SAP Madrid de 7 de julio de 2005, en relación con la publicación en una página *web* de un artículo calumnioso publicado en una página *web* sobre un conocido abogado del que se decía en el artículo que, entre otras cosas, había cometido una estafa Fto. Jco. Segundo.

10. Vid. diversas situaciones en las que no podemos entrar, por todos, en J.J. González Rus, «Daños a través de Internet y denegación de servicios», *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1485

11. Ulteriores problemas derivados de la peculiar regulación del actual artículo 30 CP pueden consultarse en nuestra obra *Libertad de información...*, *op. cit.* (n. 3), pp. 301 y ss.

12. De acuerdo con el parecer expresado en la primera edición de esta obra se muestra M. Marchena Gómez, «Dimensión jurídico penal del correo electrónico», *op. cit.* (n. 8), nota 39.

13. En cuanto a este segundo requisito en términos muy parecidos se expresa la SAP de Guipúzcoa de 29 de septiembre de 2001, Fto. Jco. Tercero, si bien en relación con un delito injurias a la erzaintza a través de una serie de carteles pegados en la localidad de Tolosa (del artículo 505 del Código Penal, donde advierte correctamente que la difusión no forma parte del tipo y sostiene que para la aplicación del artículo 30, al menos, la difusión debe aumentar esencialmente el desvalor de acción). Aunque compartimos el punto de vista manifestado por esta sentencia entendemos que resulta más precisa la argumentación que exponemos en el texto.

La exigencia de que el material difundido sea en sí mismo ilícito, antijurídico, desvalorado por el derecho, procede tanto del origen histórico de la responsabilidad escalonada, como de la propia regulación jurídica positiva. El estudio de los delitos a los que inicialmente y, después, a lo largo del siglo XIX se les aplicaba el mal llamado sistema Van Maanen, pone de manifiesto como una constante del modelo era, precisamente, el carácter antijurídico de lo difundido. De esta manera, se generó la categoría «delitos de imprenta», frente a los «delitos comunes cometidos a través de la imprenta»¹⁴. Por otra parte, en el primer nivel de responsabilidad se debe dirigir el procedimiento contra «Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate...». Carecería de sentido la persecución de tales sujetos, si lo por ellos creado fuese perfectamente conforme con el ordenamiento jurídico. Evidentemente, otra cosa es que el acto creativo en sí mismo no sea relevante, sino en la medida en que está destinado a ser comunicado a otros sujetos o al público en general.

En cuanto al segundo de los requisitos apuntados, que la conducta consista en la difusión y que tal difusión de contenidos antijurídicos forme parte de la conducta típica¹⁵, deriva de una necesaria interpretación restrictiva de la norma, conforme con su carácter excepcional: No sería razonable que cuando de forma puramente circunstancial para la comisión de un delito se utilizasen medios de comunicación de masas, se privilegiase sin mayor fundamento tal hecho restringiendo el alcance de las reglas de responsabilidad penal. Piénsese de forma paradigmática en el ejemplo de la estafa (piénsese en el caso en el que la víctima, tras pagar un producto cuya oferta se conoció a través de Internet, le llegaba a su domicilio una caja llena de papeles). Del mismo modo, carece de sentido plantear la aplicación del artículo 30 en los daños causados por medio de la introducción de un virus en los sistemas informáticos, o en las hipótesis en las que, por ejemplo, los hechos consistan en el envío de un correo electrónico amenazante o injurioso de un particular a otro.

En definitiva, se debería excluir la aplicación de la estructura escalonada de responsabilidad cuando la difusión de un contenido ilícito a través de un medio mecánico sea algo meramente contingente, a diferencia de los casos que nos ocupan¹⁶. Sin ánimo exhaustivo, el precepto que nos ocupa tendría aplicación, además de a los clásicos delitos de injurias y las calumnias, artículos 205 y ss. CP, a las amenazas, artículo 169.1º; la revelación de secretos descrita en los artículos 197 y ss. CP; el escarnio de creencias, artículo 525 CP; los ultrajes a España, artículo 543 CP y artículo 89 del Código Penal Militar; el enaltecimiento o justificación del terrorismo, artículo 578 CP; el descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa

14. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente cuando analicemos las particularidades que presentan los delitos contra la propiedad intelectual; nos remitimos ahora a nuestro trabajo «El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta. Origen, evolución y perspectivas actuales», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3, 1999, pp. 109 y ss.

15. En cuanto al concepto de difusión, vid. M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil...*, op. cit (n.1), pp. 43 y ss.

16. Otra cosa es que como estrategia de defensa se pudiera sostener la potencial aplicación del artículo 30 CP a delitos como la estafa, en la medida en que ello determinaría la exclusión de la responsabilidad de los partícipes en el delito (v.g. si se ejerce la defensa de un cómplice). No obstante, procede tener en cuenta que desde el punto de vista de la responsabilidad civil que al autor le interesa que haya más acusados para poder compartir la el pago de la responsabilidad civil.

nacional, artículos 598 y ss. CP, 53 y ss. del Código Penal Militar; la negación o justificación del genocidio, artículo 607.2 CP. Asimismo, cabría considerar la norma que nos ocupa en relación con los casos de provocación y apología a los que se refiere el artículo 18 del Código Penal¹⁷. Todos los delitos citados poseen en común, no sólo que son susceptibles de ser cometidos a través de medios de comunicación de masas, a los que van dirigidos las particulares reglas que nos ocupan, sino que la Ley expresamente contempla esa posibilidad como parte del comportamiento punible¹⁸.

En el otro extremo se encontrarían determinados delitos susceptibles de ser cometidos a través de Internet, pero donde ni la Ley contempla como elemento típico la difusión, ni ésta es un elemento necesario del comportamiento típico, aun cuando de forma contingente se puedan cometer a través de los medios de comunicación de masas. Insistimos que carecería de sentido la aplicación del artículo 30 a delitos como, por ejemplo, la estafa. Del mismo modo, no procede plantear su utilización, por ejemplo, frente a daños causados por medio de la introducción de un virus en los sistemas informáticos, en los delitos contra la salud pública, etc. En ningún caso, los delitos citados pueden interpretarse como formas de expresar del pensamiento o como actividades de información llevadas a cabo a través de medios de difusión; en ellos simplemente el medio comisivo que concretamente se emplea en un caso particular sirve para la comunicación de masas, y por ello mismo, se configura como algo puramente contingente, accidental.

Una situación intermedia entre los anteriores dos grupos de casos se plantea en cuanto a determinados delitos que no prevén la publicidad como elemento del tipo, pero en los que resulta consustancial la posibilidad de que puedan ser difundidos a través de cualquier medio de comunicación de masas en general y de Internet en particular. Eso es lo que ocurre en numerosas figuras diseminadas a lo largo del Código Penal: calumnias e injurias al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia o al Príncipe heredero –artículo 490.3 del nuevo Código Penal–; las injurias graves a las Cortes Generales, Asambleas Legislativas de Comunidad Autónoma –artículo 496–; amenazas a miembros del Congreso, del Senado o de alguna asamblea legislativa de comunidad autónoma –artículo 498–; injurias, amenazas o calumnias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o al Consejo de Gobierno o Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma –artículo 504–; injurias o amenazas graves a los Ejércitos, Clases, o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad –artículo 505–¹⁹; las injurias a personas protegidas en caso de conflicto armado –artículo 612.3–. La aplicación estricta del postulado del que hemos partido –el artículo 30 sólo se emplea en relación con delitos que prevean como elemento del tipo la difusión de contenidos antijurídicos– excluiría a estas figuras delictivas del ámbito de esta excepcional norma. Entendemos

17. Vid., asimismo, J.M. Zugaldía Espinar et al., *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 2004, p. 758.

18. Un análisis diferenciado merece el delito de difusión de pornografía infantil, artículo 189.1 b) CP, donde, aun cuando la difusión forma parte del tipo, sin embargo, la amplísima configuración de éste hace aconsejable excluir la aplicabilidad del artículo 30. Sobre esta cuestión en particular volveremos infra.

19. En relación con este último delito vid. la SAP de Guipúzcoa de 29 de septiembre de 2001, Fto.Jco. Tercero.

que tal conclusión no sería en absoluto satisfactoria. No parece razonable que, por ejemplo, las injurias al Rey hechas con publicidad se sometan al régimen general de autoría y participación y las injurias comunes, sin embargo, presenten el régimen especialísimo del artículo 30 CP. Ciertamente, el grupo de delitos al que nos referimos habitualmente se caracterizan por poseer un contenido de injusto mayor que los delitos «básicos» de los que proceden. Sin embargo, apenas es cuestionable que entre unos y otros existe un claro paralelismo y que tan sólo por un defecto de técnica legislativa se ha dejado de contemplar expresamente la posibilidad de que sean llevados a cabo por medio de procedimientos que impliquen publicidad. Para evitar que unos y otros se sometan a reglas de codelinuencia diferenciadas cabe la posibilidad de acudir a la analogía. Resulta casi superfluo poner de manifiesto que tal analogía siempre favorecería al reo, en la medida en que el artículo 30 del Código Penal implica siempre una restricción de la responsabilidad y nunca un incremento de ésta²⁰.

4. INTERNET, CODELINCUENCIA Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Partiendo de los anteriores presupuestos, cabe analizar las posibilidades que el artículo 30 ofrece en relación con comportamientos delictivos concretos, comenzando por los delitos contra la propiedad intelectual. En la doctrina, en relación con el anterior Código Penal, entre otros, sostenía GIMBERNAT ORDEIG la tesis de que procedía la aplicación de los viejos artículos 13 y 15, si bien entendía que sólo era factible en relación con algunas hipótesis de plagio, pero no en cuanto a la reproducción²¹, mientras algún otro autor ha sostenido puntos de vista todavía más amplios, incluyendo en el régimen que nos ocupa tanto al plagio, como la reproducción y la comunicación pública²². Apenas es posible encontrar supuestos en la juris-

20. La SAP de Guipúzcoa de 29 de septiembre de 2001, Fto.Jco. Tercero, en relación con un delito del artículo 505 del Código Penal advierte que la difusión no forma parte del tipo y, pese a ello, sostiene la aplicabilidad del artículo 30, argumentando que para ello, al menos, la difusión debe aumentar esencialmente el desvalor de acción. Compartimos el punto de vista manifestado por esta sentencia, pero entendemos que resulta más precisa la argumentación que exponemos en el texto.

21. E. Gimbernat Ordeig, «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los ilícitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal)», *Ensayos Penales*, 1999, pp. 446-7 (también publicado en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, —las citas se entienden hechas a la primera de las obras citadas—); argumenta con la idea de que sólo en los delitos en los que pueda reputarse autor del delito al autor de un texto, cabía utilizar la responsabilidad escalonada. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, hemos ya sostenido como en determinados delitos no hay autor del texto y, sin embargo, nada obsta a la aplicación del régimen que nos ocupa; sobre esta cuestión vid. supra 3 e infra 7.1. Coinciden con Gimbernat Ordeig, A. González Gómez, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, 1998, p. 137; F. Miró Llinares, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 468, quienes proporcionan ulterior información bibliográfica.

22. G. Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 2004, p. 1348; también favorable se muestra A. Jorge Barreiro, *Comentarios al Código Penal*, (G. Rodríguez Mourullo —dir.—), 1997, artículo 270, p. 769; D.M. Santana Vega, «Aspectos penales y político criminales de la piratería musical», *Estudios penales en homenaje al Profesor D. M. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 860, quien sostiene que dentro del primer nivel de la escala se encontraría quien copia los cedés o el que los introduce en el entorno digital.

prudencia donde se haya planteado la problemática de si a esta clase de delitos se les aplica o no el artículo 30 del Código Penal, si bien, en las escasas ocasiones en que así ha sido, los tribunales han optado por desechar tal posibilidad, dejando, no obstante, abierta la puerta a su potencial consideración en otros supuestos²³.

La cuestión expuesta no resulta por completo nítida. Sin embargo, me inclino por rechazar tal posibilidad al menos por tres argumentos: Por una parte, resulta extraña su consideración en este campo, en la medida en que existe una clara vinculación histórica entre la responsabilidad en cascada y los delitos de expresión u opinión y los delitos contra la propiedad intelectual no encajan en tal categoría²⁴. En esta clase de ilícitos, al contrario, se protegen aspectos patrimoniales del derecho de propiedad intelectual, con todas las reservas que se quiera en relación con el plagio,

23. Vid. la SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3ª), en cuyo Fto. Jco. 3ª literalmente se lee «En relación a los sujetos activos de este delito se ha de señalar que cualquier persona puede reunir dicha condición, no siendo aplicable al caso la estricta concepción que de la responsabilidad criminal ofrece para los denominados delitos de imprenta u opinión el art. 30 del CP (sólo respondería el autor real y luego la responsabilidad en cascada, quedando expresamente excluidos los cómplices y los que hubiesen favorecido personal o realmente el delito), y si resultando de aplicación las normas generales sobre la materia (autoría y participación) contenidos en los arts. 27, 28 y 29 del citado Código, pues, en términos generales, no se dan los presupuestos para la aplicación del art. 30 y además ha de tenerse en cuenta que la pluralidad de acciones prevista en el art. 270 implica la posibilidad de una pluralidad de personas intervinientes en el hecho» (subrayado nuestro). Se trataba, en todo caso, de un supuesto de fotocopiado industrial de libros y explicaciones de cátedra, en el que apenas había espacio para plantear la norma que nos ocupa.

24. Ciertamente la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 estableció un régimen de responsabilidad escalonado, análogo al previsto en relación con los delitos de imprenta. Sin embargo, posteriormente ese régimen desaparece, permaneciendo el general en cascada, lo que no puede ser tomado sino como un síntoma de lo impropcedente de la aplicación de la norma a tales delitos contra la propiedad intelectual. Conviene en este contexto recordar la distinción que a lo largo del siglo XIX se hacía entre delitos de imprenta y delitos comunes cometidos a través de la imprenta. Esta distinción, en nuestro país surge de la mano del artículo 7 del Código Penal de 1848. Dentro de los primeros se encontraban «los escritos subversivos, sediciosos u obscenos, o inmorales», conforme al artículo 34 del Decreto de 1844. Así, mientras a estos delitos de imprenta se les aplicaba las específicas previsiones de las leyes especiales, bien fuera el sistema de responsabilidad en cascada, bien el de editor responsable, los demás, delitos comunes, se regían por las normas generales de autoría y participación –recogida en los artículos 11 a 14 del Código de 1848– (T. Mª de Vizmanos; C. Álvarez Martínez, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1848, pp. 44 y ss.; J.F. Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*. 2ª ed., T. I, Madrid, 1856, pp. 121-2). Esta distinción entre delitos comunes y especiales de imprenta habría de perdurar, con algún periodo de confusiónismo, hasta el Código de 1870. Vid., en cuanto a las razones y evolución de la distinción, J. Mira Benavent, *Los límites penales a la libertad expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia, 1995, pp. 187 y ss.; vid., asimismo, T.S. Vives Antón, *Libertad de expresión y responsabilidad criminal*, Valencia, 1977, pp. 195 y ss.; con carácter general, vid. M. Gómez Tomillo, «El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen...», *op. cit.* (n. 5), pp. 109 y ss. Apenas es preciso poner de manifiesto que los que hoy conocemos como delitos contra la propiedad intelectual, entonces contra la propiedad literaria, se enmarcaban en la categoría de delitos comunes cometidos a través de la imprenta, sometidos, pues, a las reglas generales de autoría y participación.

Esa es la posición que en alguna ocasión ha expresado la jurisprudencia; así cabe citar la SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3ª), fuera del ámbito de Internet, donde los acusados se dedicaban «...a fotocopiar libros originales, o a tener en sus establecimientos copias de libros previamente fotocopios por ellos o por las personas que allí trabajaban para venderlos a los clientes que los quisieran adquirir, sin tener autorización para realizar esta actividad de los autores de los libros ni de las empresas editoras de los mismos».

que muy poco tienen que ver con aquéllos que determinaron siglos atrás el surgimiento de la llamada responsabilidad en cascada. En segundo lugar, es dudoso que concurra uno de los requisitos apuntados, el carácter antijurídico de lo difundido, toda vez que la creación sometida a derechos de propiedad intelectual normalmente no puede catalogarse como tal. Por último, siendo un régimen excepcional parece correcto aplicarlo restrictivamente y no expansivamente a nuevas formas de criminalidad que carecen de conexión con el origen y fundamento de la institución.

5. INTERNET, CODELINCUENCIA Y EL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

El delito de publicidad engañosa constituye uno más entre los ilícitos penales susceptibles de ser cometidos a través de Internet. En relación con el mismo se detecta en la doctrina una pluralidad de criterios en cuanto a la problemática que nos ocupa, esto es, la de la aplicabilidad de las especiales reglas de autoría y participación del artículo 30 a la citada figura²⁵.

De la misma forma que en la figura delictiva anterior, es cierto que la responsabilidad en cascada se vincula históricamente con delitos que tienen una reducida relación con el actual artículo 282 del Código Penal español. Sin embargo, el hecho de que exista una escasa conexión histórica entre el delito de publicidad engañosa y la responsabilidad escalonada cuyo análisis nos ocupa no es, sin más, un argumento suficiente para excluir su aplicación. Resulta evidente que el Derecho debe permanecer abierto para adaptarse a la dinámica evolución que experimenta la realidad, siempre, claro está, dentro de los límites marcados por el principio de legalidad. Asimismo, también es cierto que, tratándose el artículo 30 del Código Penal de una norma excepcional, debe interpretarse restrictivamente, lo que parece apuntar hacia la exclusión de tan singular régimen de codelincuencia. Pese a todo, estimamos, sin ánimo de profundizar en la materia que posee una extensión notablemente más amplia que aquella a la que se ciñe este trabajo, que no puede dudarse de que en los frecuentes casos en los que concurran los requisitos del artículo 30 CP debe procederse a considerar este precepto. Reiteramos una vez más que, conforme a los puntos de vista aquí desarrollados, los presupuestos para la aplicación del citado precepto son dos: que el contenido difundido pueda ser considerado en sí mismo ilícito, desvalorado por el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, que la diseminación de tal contenido antijurídico forme parte de la conducta

25. Vid., entre otros, a favor de la aplicación del artículo 30, I. Sánchez García de Paz, «El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)», *AP* 1997, núm. 25, p. 571, n. 123; I. Muñagorri Lagúa, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada, 1998, p. 85; F. Alonso Pérez, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, 2003, p. 401; en contra, J. Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 186; M.M. Carrasco Andrino, *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 CP)*, Valencia, 2000, p. 127; E. Moreno y Bravo, «Delitos relativos al mercado y los consumidores», *Curso de Derecho penal económico* (2ª ed.), Enrique Bacigalupo -dir.-, Madrid, Barcelona, 2005, p. 324; indefinido se mantiene M.A. Gimeno Jubero quien, sin embargo, subraya que de aceptarse tal posibilidad el juego conjunto con el artículo 31 CP puede impedir que determinados sujetos y, en particular, las agencias de publicidad, queden al margen de la responsabilidad («La publicidad engañosa: conductas inmersas en el ámbito penal», *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 2006, p. 326).

típica²⁶. Pues bien, ambos requisitos se adaptan perfectamente a la figura delictiva que nos ocupa. Por una parte, sin necesidad de ulterior fundamentación, la publicidad engañosa puede ser considerada en sí misma incompatible con el derecho. Por otra, el artículo 282 del Código Penal alude expresamente a la publicidad como elemento imprescindible del mismo. Con independencia de que aquélla puede llevarse a cabo de manera que implique la diseminación de lo anunciado entre un público indeterminado o concreto²⁷, cuando por las circunstancias del caso, no pueda controlarse los destinatarios del mensaje publicitario, como ocurre cuando los hechos tienen lugar a través de Internet, habrá difusión y, por consiguiente, el requisito que se desprende del Código Penal como imprescindible para la aplicación de la responsabilidad escalonada. En última instancia, en el delito del artículo 282 CP concurren las circunstancias que sirven de fundamento al artículo 30 CP, esto es el anonimato, la posibilidad de ocultar la autoría del mensaje: la publicidad habitualmente tiene lugar por cauces que permiten esconder la identidad, entre otros, de quien la ha diseñado, como resulta particularmente evidente en los delitos cometidos a través de Internet. En conclusión, en cuanto al objeto específico de nuestro estudio, si la publicidad engañosa acaece por medio de Internet, si se acepta, como aquí hemos hecho, que se trata de un «medio mecánico de difusión», nada impide considerar su aplicación.

El problema puede plantearse en la medida en que el esquema lógico del artículo 30 CP debería llevar a que quienes hayan diseñado el anuncio engañoso fuesen los responsables en primer término del delito. Sin embargo, el artículo 282 del Código Penal es un delito especial que circunscribe el ámbito de potenciales sujetos activos tan sólo a fabricantes y comerciantes que, normalmente, no son quienes se ocupan de diseñar la publicidad. Dicho con otras palabras, existe una aparente discordancia entre la estructura diseñada en la norma contenida en el artículo 30 y la que se desprende del delito de publicidad engañosa. El problema se diluye si se tiene en cuenta que en el primer grado de la escala figuran junto a «los autores del signo» quienes les induzcan a ello²⁸, los cuales, habitualmente, serán los administradores de la empresa cuyo producto es publicitado, por medio del artículo 31²⁹. Es decir, el artículo 30 hace responder en primer lugar a quien incita a la confección del signo, en nuestro caso la publicidad engañosa, no a quien instiga a llevar cabo una acción a título de autor. Si se acepta tal intelección no habría ningún obstáculo para hacer responsables en primer grado tanto a fabricantes y comerciantes, como a quien, por ejemplo, al frente de una agencia de publicidad, dolosamente, diseñan la publicidad ilícita³⁰. En cualquier caso,

26. Vid. supra 3.

27. Por todos, vid. I. Sánchez García de Paz, «El nuevo delito publicitario...», *op. cit.* (n. 25), p. 567.

28. Críticamente hacia esa estructura de la responsabilidad vid. nuestra obra *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, *op. cit.* (n. 3), pp. 145 y ss.

29. Entiendo que se manifiesta en el sentido del texto I. Muñagorri Laguía, *La protección penal de los consumidores...*, *op. cit.* (n. 2), p. 85.

30. La intelección propuesta es razonable desde el momento en que permite la menor desviación posible de las reglas generales de la codelinuencia, posibilitando situar en el primer nivel de la escala a quien no es un mero partícipe.

Una distinción próxima a la expuesta en el texto aparece en la doctrina brasileña: vid. Víctor Gabriel Rodríguez, *Responsabilidade penal na lei de imprensa...*, *op. cit.* (n. 5), p. 233.

si se diera la circunstancia de que coinciden el autor de la publicidad y el fabricante o comerciante, evidentemente, tampoco habría problema alguno en la utilización del artículo 30. En defecto de los citados, podrá proceder al salto de responsabilidad, de forma que, habiendo acaecido el delito a través de Internet, deberá considerarse el segundo o tercer grado de la escala, en función de las circunstancias del caso concreto³¹. Evidentemente, si el medio empleado es otro que no sea Internet, deberá adaptarse el esquema expuesto a las características del hecho, lo cual no es el objeto de nuestra investigación.

6. INTERNET, CODELINCUENCIA Y EL DELITO DE DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA EN CUYA ELABORACIÓN HAYAN PARTICIPADO MENORES DE EDAD O INCAPACES

La última cuestión de la que me quería ocupar es la relativa a la difusión de pornografía en cuya elaboración hayan participado menores o incapaces, sancionada en el artículo 189.1.b). Resulta evidente que las posibilidades de distribución de pornografía de estas características a través de la red son muy amplias: por medio de los canales de conversación (IRC, messenger, etc.); mediante las llamadas redes P2P; a través de páginas *web*, normalmente previo pago o por medio de lo que se conoce como *streaming*³².

Como es conocido, el artículo 189.1.b) castiga a quien «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 de edad o incapaces o lo poseyere con aquellos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido». De esta norma llama la atención del citado precepto la terminología seleccionada por el legislador, ya que inicialmente habla de «distribuir», para posteriormente referirse a la acción de «facilitar la difusión» y no a «facilitar la distribución». Desde nuestro punto de vista, tal disparidad terminológica no tiene trascendencia jurídica. Se trata de un mero recurso estilístico o un defecto de técnica legislativa del que no se pueden extraer consecuencias. Carecería de sentido la ruptura del paralelismo establecido en la ley, donde a la conducta de producir se le adiciona la de facilitar la producción; a la de vender, la de facilitar la venta; a la de exhibir, facilitar la exhibición. Nada justifica que facilitar la difusión sea delictivo y no la actividad misma de difundir. En definitiva, cuando la Ley habla de distribuir está captando dos supuestos. Por una parte, la acción de difundir tal y como aquí ha sido entendida, es decir, hacer accesible el contenido ilícito, al público o a un sector de éste, sin que sea necesario acreditar que personas concretas han trabado contacto con el material pornográfico. Por otra parte, la actividad consistente en hacer llegar la pornografía infantil a personas

31. En lo que respecta a los diversos grados de responsabilidad característicos del artículo 30 vid. nuestro trabajo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, op. cit. (n. 1), 6.2 y 6.3.

32. Caracterizado por la transmisión de una obra, sonora, visual o audiovisual, de forma que el ordenador del receptor lo reproduce sin tener que utilizar un espacio en su disco duro para alojar dicha obra.

concretas y determinadas³³. En este último caso, obviamente, no debe mediar precio, porque, entonces, habría que acudir a la modalidad comisiva consistente en la venta.

A la vista de la dicción legal y partiendo de los anteriores presupuestos, desde mi punto de vista, en las cuatro hipótesis citadas (canales de conversación, redes P2P, páginas *web*, o *streaming*) hay distribución en el sentido del tipo del artículo 189.1. b). Más dudoso es que en todo caso pueda haber difusión, entendida como diseminación de contenidos ilícitos entre un público indeterminado, lo que constituiría el presupuesto necesario para la aplicación del artículo 30 CP. Tal difusión sólo estaría presente en las hipótesis en las que la pornografía infantil es accesible a través de una página *web*, por medio de la técnica denominada *streaming* y cuando acaezca a través de las redes P2P³⁴, siempre y cuando no se exija un previo pago. Este último actuaría como filtro, de forma que no se disemina el contenido ilícito entre un público indeterminado, sino, al contrario, determinado por la previa satisfacción del precio³⁵.

Nuevamente, el problema que puede plantearse es si en estos casos se puede proceder a aplicar el artículo 30 del Código Penal. Como indicábamos supra, los requisitos para su aplicación son sintéticamente dos. Por una parte, que la difusión forme parte de la estructura típica del delito y, por otra, que lo difundido se encuentre valorado negativamente por el ordenamiento jurídico. Aquí, parecen concurrir ambos elementos. Por una parte, hay difusión en los casos de *streaming* y utilización de redes P2P, siempre y cuando no se exija un previo pago. Por otra, no se puede cuestionar que el ordenamiento jurídico valora negativamente la pornografía infantil o de incapaces³⁶. De mantener tal criterio, las consecuencias jurídicas serían dos: La

33. Puede resultar ilustrativo en este contexto poner de manifiesto ciertos paralelismos con los delitos contra la propiedad intelectual. En efecto, en estos últimos, una de las acciones típicas consiste precisamente en la «distribución» de la obra sometida a derechos de explotación. Y por distribución de la obra se entiende en el artículo 19 de la LPI «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma» (vid. M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, op. cit., (n. 1), 5.1.2 y 5.1.3 posteriores problemas que pueden estar presentes en esta modalidad comisiva). Frente a lo que ocurre en los delitos que nos ocupan ahora, en la distribución, tal y como es entendida en los delitos contra la propiedad intelectual, no se disemina un contenido ilícito entre un público indeterminado, sino que se entrega copias a personas concretas. Aun cuando la ley penal utilice expresiones idénticas en el delito del artículo 270 y el del artículo 189.1. b), «distribución», no cabe realizar una interpretación unitaria. Por una parte, las realidades que uno y otro precepto regulan son muy diversas; por otra, téngase en cuenta que el referente de la Ley de Propiedad Intelectual no existe en el caso de la distribución de pornografía infantil y no se puede sostener seriamente que la definición proporcionada por esta última Ley sea extrapolable a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

34. En igual sentido vid., por ejemplo, Jacob Rowbottom, «Obscenity laws and the Internet: targeting the supply and demand», *CLR*, 2006, p. 104.

35. Sobre estas cuestiones, con carácter general, vid. M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, op. cit. (n. 1), 4.2.

36. Nuevamente, en cuanto a tales requisitos, permítasenos reiterar la cita de nuestra obra *Responsabilidad penal y civil...*, op. cit., (n. 1), 3 y 2 en lo que respecta a la aplicabilidad del citado precepto a estos delitos; sobre la problemática específica que nos ocupa en relación con la difusión de pornografía por Internet, vid., asimismo, J.J. Martín-Casallo López, «Internet y pornografía infantil», *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 40, julio 2001, p. 7, quien advierte de las dificultades que encierra aquel precepto.

primera, la exclusión de la responsabilidad de los cómplices en el delito (por ejemplo, quien en su página *web* proporciona un enlace a otra página *web* en la que se alojan contenidos pornográficos de estas características; o quien consciente de que esas actividades de difusión tienen lugar en su negocio dedicado a la explotación de equipos informáticos por precio, se abstiene de intervenir para impedirlo; o el técnico informático de una empresa o de la universidad que no impide que en los equipos bajo su control se lleven a cabo tales actividades –aunque, ciertamente, estos últimos serían ejemplos de complicidad por omisión, algo más complejos de elaborar–). La segunda consecuencia de la aplicación del artículo 30, sería la limitación de la responsabilidad de los autores que responderían escalonadamente.

Pese a lo expuesto, entendemos que no tiene sentido privilegiar tales hipótesis mediante la aplicación del artículo que nos ocupa³⁷. Para evitarlo, probablemente la única solución sea poner de manifiesto que el artículo 189.1 b) no sólo sanciona a quien distribuya pornografía infantil, sino a quien facilita la difusión de la misma, por lo que resulta clara la voluntad legal de sancionar también a los cómplices de tal delito, incluso a título de autor. Ante la contradicción entre las normas de parte general y especial, deben primar estas últimas, entre otras cosas, por el carácter excepcional del artículo 30 que requiere de una interpretación restrictiva. En la medida en que aquella norma constituye una criticable excepción a la regulación general de la autoría y la participación, desde un punto de vista político criminal, debe valorarse positivamente tal exclusión³⁸.

37. Por ejemplo, acepta la posibilidad de complicidad, M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (J.L. Díez Ripollés; L. Gracia Martín –coords.–), Valencia, 2004, art. 189, 29).

38. En Alemania, se ha indicado que en esta clase de delitos, quien transmite pornografía infantil no puede ampararse en la idea de que se trata de la obra de otro: U. Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet*, *op. cit.*, (n. 4), p. 146.

