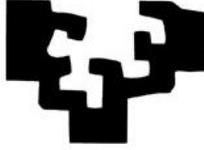


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA

GRADO EN DERECHO

2018-2019

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DELITO DE DIFUSIÓN DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL A TRAVÉS DE LA RED

Trabajo realizado por Sandra Yadira Jaramillo Benalcázar

Dirigido por Enara Garro Carrera.

Índice

Abreviaturas	4
1. Introducción	5
2. Perspectiva histórica del concepto	6
3. Concepto de pornografía infantil	9
4. Bien jurídico protegido	16
5. Sujetos y conductas típicas	19
6. Difusión de pornografía infantil a través de la red y los medios de distribución	22
6.1. Análisis jurisprudencial del art 189.1 b) CP teniendo en cuenta su difusión a través de programas P2P	27
6.1.1. <i>Estructura del tipo</i>	28
6.1.2. <i>Elemento subjetivo</i>	30
6.1.3. <i>Dolo</i>	33
6.1.4. <i>Posesión de pornografía para su posterior difusión</i>	34
6.2. Análisis jurisprudencial del subtipo 189.2 c) CP	37
7. Medidas para el bloqueo de páginas web y aplicaciones	39
8. Conclusiones	41
Bibliografía	44
Jurisprudencia	47
Normativa consultada	48
Casos	49

Abreviaturas

Art.	Artículo.
Boliv.	Boliviana.
Coord.	Coordinador.
CIRCAMP.	Cospol Internet Related Child Abusive Material Project.
CP.	Código Penal.
Dir.	Director.
Ed.	Editor.
EUROPOL	Oficina Europea de Policía.
Ibídem.	En el mismo lugar.
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal.
LO.	Ley Orgánica.
Núm.	Número.
ONU.	Organización de Naciones Unidas.
Op. cit	Obra Citada.
P.	Página.
PP.	Páginas.
P2P	Protocolo P2P (peer to peer)
RAE.	Real Academia Española.
Rev.	Revista.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

1. Introducción

A medida que evolucionan las tecnologías también lo hacen los métodos que utilizan los delincuentes para adquirir y distribuir material pornográfico. En concreto, la distribución de la pornografía infantil es algo no reciente, ya que se trata de un delito que existe desde hace mucho tiempo. El desarrollo masivo de los medios telemáticos incide directamente en su difusión al proporcionar facilidad en la comisión del hecho delictivo. Por ende, se trata de un medio que otorga al sujeto activo un marco de actuación supranacional.

En consecuencia, el presente trabajo va dirigido a realizar un estudio sobre la difusión de la pornografía infantil a través de Internet, cuya tipificación se encuentra recogida en el art.189.1 b) CP, y un análisis de las lagunas interpretativas que presenta este artículo. En este sentido, conviene partir estudiando el concepto de pornografía infantil así como de sus antecedentes dada su problemática conceptual en la actualidad. Teniendo presente, en todo momento, el bien jurídico protegido, se tratará de ver las diferentes actividades delictivas que el autor de los hechos puede cometer.

El tema central del presente trabajo parte desmenuzando los medios materiales del delito, puesto que, como se ha señalado, la actualidad tecnológica propicia una gran variedad de vías para la comisión del tipo penal. Además, se realizará un análisis jurisprudencial incidente en los requisitos del dolo, del elemento subjetivo, la estructura del hecho criminal, la factible agravación y por último de la posesión del material pornográfico para su posterior difusión.

Finalmente, se hará referencia a las medidas que se adopta con fines de afrontar la realidad desde institutos nacionales e internacionales, como la Directiva 2011/92 UE y la práctica de los Tribunales españoles en referencia a plataformas virtuales o programas informáticos utilizados con fines delictivos.

2. Perspectiva histórica del concepto

El problema que se viene planteando con la pornografía, es su reciente penalización, pues lo que hoy se tacha de ilícito, hasta hace poco, se consideraba legal, teniendo presencia en varios países¹. El avance de los medios tecnológicos incidió en la producción y difusión del material pornográfico infantil, sobre todo Internet, que no sólo facilitó la proliferación de su producción, sino que propició el incremento de su consumo, generando un aumento en el número de víctimas². En las últimas décadas, lo que viene caracterizando este delito es su elemento transfronterizo, es decir, comisión del tipo en un Estado sin estar físicamente en el mismo o aprovechamiento de lagunas legislativas para fines criminales³.

En el aspecto internacional, la tipificación de la pornografía infantil tiene sus raíces en la década de los 70⁴, siendo los Estados Unidos, pioneros en aprobar la ley de protección de menores contra la explotación sexual en 1977. Castigando únicamente, en primer momento, la distribución de la pornografía que implicaba imágenes con menores, sin atender a la tenencia, situación que cambia con la expansión del tipo penal⁵. En el marco Europeo, la penalización de los hechos comienza en la década de los 80 con la prohibición de la producción y distribución de este género pornográfico.

Un rol importante en este aspecto jugó la Convención de Derechos del niño de la ONU de 1989, que atendió por primera vez en el ámbito supranacional esta cuestión, obligando la adopción de medidas para proteger al menor de su utilización en prácticas pornográficas⁶.

Centrándose en el ámbito nacional, históricamente la redacción original del Código Penal de 1995 era un tanto ambigua, pues únicamente contemplaba la utilización de menores para la realización de este tipo de material bajo el siguiente tenor literario⁷,

¹ BAUER BRONSTRUP, Felipe. *Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal (estudio del artículo 189 CP)*. [Tesis doctoral], Universidad de Sevilla, 2015, Sevilla, p. 27.

² *Ibidem.*, p. 29.

³ *Ibidem.*, p. 29.

⁴ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Los delitos de pornografía infantil, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 11.

⁵ *Ibidem.*, p. 11.

⁶ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 28.

⁷ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 11.

1. *“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: a) el que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tantos públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquier de estas actividades. b) El 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 de edad o incapaces, aunque el material tuviese su origen en el extranjero o fuere desconocido. A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.*
2. *Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.*
3. *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.*
4. *El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de la prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para su custodia del menor o incapaz, será castigado con pena de multa de seis a doce meses.*
5. *El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior”.*

Este tipo penal generó un desacuerdo doctrinal, pues reunía diferentes conductas en un mismo precepto⁸. Ante esta deficiente regulación y el desarrollo tecnológico, provocó que varios grupos parlamentarios solicitaran un proyecto de Ley Orgánica que modificará el título VIII del CP. En consecuencia se aprobó la Ley Orgánica reformadora de delitos

⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Navarra: Aranzadi editorial, 2000, p. 119.

contra la libertad sexual de 1999⁹, caracterizada por proteger la integridad y la libertad sexual de los menores e incapaces frente a quienes difundieren, exhibieren, vendieren o facilitaren la difusión, exhibición o venta de este tipo de material pornográfico en los que aparezca estos sujetos pasivos¹⁰. Bajo mi criterio, hay que destacar la relevancia de esta norma reformadora, que al ensanchar la tipificación, penando la difusión, venta y obtención indirecta de este contenido, abarca más ampliamente la protección del bien jurídico.

Además de ello, la reforma produjo un giro punitivo importante, ya que desde entonces se sentencia por igual a cualquier sujeto con indiferencia de que ese material pornográfico vaya a un receptor particular o colectivo¹¹. Por otro lado, la reforma de 1999 procedió a reintroducir el “delito de corrupción de menores o incapaces” so pretexto de “considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos; ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, acomoda la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas, revisa el sistema de penas, rechazando aquellas sanciones que en este ámbito no resultaría adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias”¹².

Es decir, a partir de este momento el legislador tipifica penalmente la difusión de pornografía infantil, por un lado, con la inclusión en el texto legal del término “por cualquier medio”, que a modo ejemplificativo, engloba la difusión de material pornográfico mediante revistas, y con más incidencia en la actualidad, medios telemáticos¹³. Por otro lado, resulta sancionable la posesión del material pornográfico y agrava la responsabilidad de los sujetos activos cuando estos pertenecen a organizaciones y/o asociaciones criminales¹⁴.

⁹ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid: Dykinson, 2006, p.132.

¹¹ *Ibidem.*, p. 133

¹² Exposición de motivos de la ley orgánica 11/1999 de 30 de abril.

¹³ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 136

Con posterioridad, en el ámbito de la UE, los proyectos y convenios que se venían adoptando, entre ellos la Decisión Marco 2004/68/JAI, influyó en la LO 15/2003, de 25 de noviembre para reformar el CP¹⁵, ley caracterizada por endurecer “las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la denominada pornografía virtual o pseudopornografía”¹⁶, consistente en producción, distribución o venta del material pornográfico con menores, aunque alterando su imagen o voz¹⁷.

Asimismo, la materia tratada, siguió siendo objeto de reformas posteriores menos relevantes, destacando el anteproyecto del Código Penal de 2008 o la LO 5/2010 modificadora del CP de 1995, que especificaba con mayor magnitud el bien jurídico a proteger y se procedió a modificar la extensión de la pena¹⁸.

Ahora bien, es el proyecto de reforma del 2013 con referencia a la Directiva 2011/92 UE el cual fue aprobado por LO 1/2015, que supuso ser un axioma fundamental en la tipología delictiva¹⁹, pues permitió la conceptualización legalmente de la pornografía infantil permitiendo la ampliación de conductas punibles, al penar la simulación de menores e introduciendo nuevas tipificaciones²⁰ y a su vez atendiendo las críticas doctrinales que se venían realizando²¹.

3. Concepto de pornografía infantil

Ante la inexistencia de un concepto legal de pornografía infantil, su conceptualización ha sido tema debatido tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia. Legalmente hablando, la idea que adopta el legislador para definir la pornografía infantil

¹⁵ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Exposición de motivos de la ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre.

¹⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 143

¹⁸ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, pp. 13 -18.

¹⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En MORILLAS FERNANDEZ, David. (Ed.). *Estudios sobre el Código Penal Reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 473.

²⁰ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 32.

²¹ *Ibidem.*, p. 473.

gira entorno a lo establecido en la Directiva 2011/92 UE²², dando lugar a un concepto formado por distintos elementos; culturales, pautas de comportamiento sexual, creencias de tipo moral, ideas religiosas, etc.²³

La definición de la pornografía infantil contenida en el art.189.1 b) *in fine* es de la siguiente literalidad “a los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración haya sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

- a) *Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.*
- b) *Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.*
- c) *Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.*
- d) *Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.*

La normativa europea, como se menciona anteriormente, es la que ha influenciado en la legislación penal nacional para conceptualizar el hecho delictivo. En esta línea DÍAS CORTÉS crítica que “el contenido de nuevos tipos penales propuestos por las Directivas, suelen definir el contenido mismo de los cambios políticos criminales en materia

²² BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 154.

²³ MORALES PRATS, Fermín. *Pornografía infantil e internet*. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 2002, p. 2.

legislativa en España. Lo anterior, sin pasar por un filtro evaluador que racionalice la incorporación de los mismos a la realidad criminológica española”²⁴.

En lo que respecta a la Directiva 2011/92/UE sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, en su art.2. c) define la pornografía como:

- i) *“Todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,*
- ii) *Toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales;*
- iii) *Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o*
- iv) *Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.*

Sin embargo, la pionera Decisión Marco 2004/68/JAI, sustituida por la Directiva, fue la que marco las pautas a seguir en los ordenamientos de los Estados Miembros, pues se trató de una normativa que estableció normas reales, proporcionales con el fin de eliminar los problemas jurídicos que se habían presentado hasta el momento²⁵.

A más redundancia, existen textos normativos que también abarcan este tema, entre ellos; la Convención del Consejo de Europa para la protección de la infancia contra la explotación y los abusos sexuales, el Protocolo facultativo de los Derechos del niño, el Convenio sobre Ciberdelincuencia, el Convenio de Lanzarote, entre otros²⁶.

A pesar, del reflejo que la normativa europea ha marcado en las diferentes legislaciones estatales, no se ha podido aplicar a nivel mundial, un concepto unánime.

²⁴ DÍAZ CORTÉS, Lina. “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre libertad sexual y la influencia de la directiva 2011/92/UE en la reforma del 2015”. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 13, 2015, p. 31.

²⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 58.

²⁶ DÍAZ CORTÉS, *op. cit.*, p. 33.

Aunque conviene concretar que la mayoría de conceptos hacen referencia a la utilización de menores reales en conductas sexuales²⁷.

No obstante, en la legislación penal española, la noción del tipo penal que se adopta sigue sin dar una respuesta clara, es más, sigue presentando deficiencias, originando lagunas interpretativas.

Si tomamos en consideración el art. 189.1 b) *in fine*, MORILLAS FERNÁNDEZ entiende en lo que respecta a la primera descripción del tipo penal que, “lo sorprendente es que no se incluya una definición expresa de conducta o actividades sexuales explícitas, las cuales delimitan perfectamente el contenido y dimensión de la pornografía infantil, habiendo sido el principal objeto de debate en la primera década del siglo XXI”²⁸. Por ello, debería haber una definición referente a las conductas sexualmente explícitas y eróticas. Pues a mi parecer, el legislador no debería hacer alusión a estos términos sin esclarecer que se debe entender de ellos. Es decir, el legislador debería hacer referencia a las vías por las que se puede visualizar al menor, como pueden ser fotografías, videos, en las cuales queda latente la conducta sexual del menor.

En lo relativo a la segunda descripción, el legislador lo que hace en el mentado art 189.1 *in fine* b) es repetir lo establecido en el apartado a) precisando que también, es punible cualquier representación que se lleve a cabo ante varias personas, en otras palabras, se exhibe al menor en vez de recoger sus imágenes en un soporte físico²⁹.

En cuanto a esta descripción, NIETO GARCÍA considera, compartiendo la idea del Consejo General del Poder Judicial, que esta conceptualización es imprecisa y que requiere revisar los términos de la definición asignando mayor transparencia y exactitud, pues es difícil diferenciar la “*representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales de las imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales*”³⁰.

²⁷ BOUYSSOU, Norma. *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. [Tesis doctoral inédita], Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 36.

²⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, *op. cit.*, p. 474.

²⁹ *Ibidem.*, p. 474.

³⁰ NIETO GARCÍA, Ángel. Notas de urgencia acerca de la atipicidad de la <<posesión y producción de pornografía infantil para uso propio>> en la pretendida reforma del Código Penal. *Diario la Ley nº 8082*,

Con relación a la tercera descripción recogida en el tipo penal, se ve claramente que está no debería formar parte del concepto de pornografía infantil, pues como bien explica MORILLA FERNÁNDEZ este apartado “aparte de no aportar nada, no puede considerarse pornografía infantil por no figurar ningún menor de edad”³¹, dado que esta reseña hace alusión a la pornografía infantil simulada y la pornografía técnica, que se caracteriza por ser pornografía realizada por mayores de edad pero que aparentan ser menores³².

Frente a esta descripción, conviene distinguir que se entiende por pseudopornografía, pornografía técnica, pornografía simulada y pornografía virtual; ya que, la inclusión de esta terminología, ha originado que muchos autores busquen otros términos más amplios que se equipare al concepto de pornografía³³. Así en primer lugar, la pseudopornografía se caracteriza por la creación de material pornográfico partiendo de la alteración de imágenes o voces de menores, para representarlos en actividades sexuales que en realidad no han estado³⁴. En segundo lugar, la pornografía técnica y la pornografía simulada supone realizar actividades sexuales por mayores de edad pero que aparentan ser menores³⁵. Por último, la pornografía virtual se caracteriza por la creación de material pornográfico, mediante uso de programas informáticos de animación, es decir, crear dibujos animados pornográficos sin intervención de personas reales³⁶.

2013, Disponible en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1Qy27DIBD8mnBBqrCSuvWBS-JjVUWt2_saNq4SARcWN_77LnWQRsy-Zgd-CqZ1wDvpEAMytChLmjAYBxIMJgM15TkgNzvjLNhHwtNEEkOlc0LCYLkoE15iutUHL0-7otRlb90U5RkDeJHXEMN600MqKAjGrBuldi-momHsGQdGy3hldDWvBBgq4PtodFO5W3CAUSsRk8V0XJkRm_cfmJnma_x9h8VN7DiGI6Rtm7NW94Pi03Rd-9yKBVPmBv3t-LmEliMkcz3DhPrNZQJWK57AxvwEeb4L178Cb87gP_87N9lt6liIWGqksNWE8Xz3QHgCzz_zMPEHv807cG0BAAA=WKE. [consulta: 17-04-2019].

³¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, *op. cit.*, p. 474.

³² *Ibidem.*, p. 473.

³³ CABRERA MARTIN, Miriam. “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”. *Cuadernos de política criminal*, nº 121, 2017, p. 241.

³⁴ *Ibidem.*, p. 240.

³⁵ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 110.

³⁶ CABRERA MARTIN, *op. cit.*, p. 240.

La última descripción que realiza el tipo penal “*imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales*”, el legislador en este apartado hace mención a la pseudopornografía, que como ya se ha señalado, se refiere a la no participación del menor sino a la utilización de su imagen o voz pero modificada³⁷.

Ahora bien, partiendo de la descripción que hace el Código Penal, para aplicar esta definición a la distribución de pornografía es necesario que el material se difunda a través de un soporte visual. CABRERA MARTIN hace alusión a esto y aclara que “los materiales visuales tienen mayor carga lesiva si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias: i) tienen mayor capacidad para evocar un episodio de victimización sexual realmente sucedido; ii) incrementan el atentado contra los derechos de los menores involucrados, que no solo experimentan los efectos directos de la victimización sexual, sino también el añadido de atentado para su dignidad y para su derecho a la intimidad, a la propia imagen y al libre desarrollo de la personalidad que supone el que la experiencia vivida quede plasmada en un soporte perdurable; iii) son más adecuados para generar imitación ya que, según las teorías de aprendizaje observacional, las conductas expuestas de un modo real mediante imágenes son más susceptibles de ser imitadas; iv) pueden ser utilizados para captar o seducir a nuevos menores, ya que el exponer este tipo de materiales a potenciales víctimas permite reducir sus inhibiciones y hacerles ver como normales las conductas representadas; y v) son especialmente aptos para dominar y chantajear a los menores que aparecen en ellos, bajo la amenaza de difusión de las imágenes captadas”³⁸. Teniendo en cuenta estos puntos, es racional que en el ámbito penal se penalice la distribución y la producción de este tipo de material³⁹.

En síntesis, el problema del concepto de pornografía infantil, es que incluye términos que no estarían relacionados con su conceptualización⁴⁰, pues además de tipificar la pornografía técnica y virtual en los cuales no aparecen los sujetos pasivos del delito, el legislador no hace alusión a los materiales pornográficos de audio o escrito en los que se puede percibir las relaciones sexuales con menores, a diferencia de otros países que lo han dejado reflejado en sus normativas. A esto último, la Fiscalía General del Estado en

³⁷ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p.157.

³⁸ CABRERA MARTIN, *op. cit.*, pp. 237 – 238.

³⁹ *Ibidem.*, p. 238.

⁴⁰ DÍAZ CORTÉS, *op. cit.*, p. 38.

su Circular nº 2/2015, ha dictaminado que los audios podrían ser un complemento importante para determinar si ese material es o no de naturaleza pornográfica⁴¹.

Esta situación no solo se ha originado en el ámbito español, sino también en otros Estados, los cuales, han regulado la pseudopornografía y la pornografía técnica y virtual, como por ejemplo, en Italia, que se ha adoptado una definición de pornografía infantil ampliamente criticada por la doctrina italiana⁴², y a su vez, igual que en el ámbito español, recoge el concepto de pornografía técnica o virtual y tipifica el delito a la instigación a la práctica de la pedofilia⁴³. En el ordenamiento francés, sin embargo, no ha adoptado un concepto de pornografía infantil sino que solo se limita a castigar al sujeto activo que difunda o transmita la imagen de un menor de contenido pornográfico así como se limita a castigar la pornografía técnica.

En cuanto a mi criterio, la establecida definición de pornografía infantil es muy restringida a pesar de los cambios que se han originado, pues el problema deviene en la inclusión de términos que no responden al delito en sí, además de ello, considero que el legislador debería haber tipificado más conductas que puede dar lugar al delito de pornografía infantil, como por ejemplo, la visualización de un menor que a pesar de que no se observe sus órganos genitales aparece en una actitud sexual o realizando una acción sexual, como pueden ser tocamientos a sí mismo o cuando se contemple la mano del menor sobre el cuerpo de un sujeto mayor de edad. Por lo tanto, esta noción adoptada sigue sin ser suficiente para la lucha contra la producción y difusión de este material que se produce con mayor relevancia en la actualidad, pues el concepto debería ser más específico, abarcando de esta manera, todos los medios por los que puede dar lugar a un acto pornográfico con un menor.

⁴¹ Circular nº 2/2015 de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado.

⁴² SALVADORI, Ivan. La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19- 29, 2017. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>, p. 38. [consulta: 18- 04- 2019]

⁴³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel. “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”. *Revista internacional derecho penal contemporáneo*, nº 58, 2017.

4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido que se establece en el art.189 CP genera diversas controversias en la doctrina⁴⁴. Si analizamos la LO 11/1999 podemos ver que no hace alusión a un único bien, pues en su exposición de motivos hace referencia a “los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexuales de los menores e incapaces”⁴⁵.

A consecuencia de ello, algunos autores consideran que el bien jurídico que se debe proteger es la libertad sexual, otros consideran importante la intimidad y propia imagen, y otro sector doctrinal estiman importante la dignidad de la persona⁴⁶. Sin embargo la problemática aquí, como enfatiza TAMARIT SUMALLA es “el error de prescindir de la necesaria distinción entre los hechos cuyo contenido de injusto se agota en la producción de un atentado a la intimidad del menor o incapaz (con independencia de la existencia de ánimo lúbrico por parte del sujeto activo) y aquellos hechos en los que el interés vulnerado tiene una dimensión sexual por afectar a la libertad o incluso a la indemnidad sexual de la víctima”⁴⁷.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el propio art.189 CP tipifica varias conductas delictivas, dando lugar a la protección de diferentes bienes jurídicos, aunque el bien central será la libertad o indemnidad sexual del menor⁴⁸. Es más, la propia jurisprudencia considera que “el bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas”⁴⁹.

⁴⁴ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ Exposición de motivos de la ley 11/1999 de 30 de abril.

⁴⁶ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, pp. 53 -54.

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁸ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹ STS nº 796/2007 de 01 de octubre y 803/2010 de 30 de septiembre.

Sin embargo, el bien jurídico del art.189.1 b) CP no es la libertad o indemnidad sexual del menor, puesto que este bien jurídico ya quedó afectado en el momento de la producción del material pornográfico⁵⁰. En esta línea, BOUYSSOU afirma que “la difusión de dicho material no añade nada a la supuesta lesión pretérita del bien jurídico, no la intensifica, y menos aún si esta no existió por tener la producción del material de origen ilícito. El hecho de que la escena pornográfica quede reflejada en el material correspondiente (película, fotograma), sirve solo, en su caso, para probar la existencia de una lesión previa de la libertad sexual o de la indemnidad sexual del menor, y a lo sumo la perpetúa en el tiempo pero no la modifica”⁵¹.

Respecto al debate que genera el bien jurídico del art. 189.1 b) CP, la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2006 ha dictaminado que el bien protegido en el art. 189.1 a) CP es la indemnidad sexual mientras que en la letra b) lo que se protege es la seguridad, indemnidad y dignidad del menor en abstracto⁵².

Del mismo modo, añade que en lo referente a la distribución de la pornografía infantil, además de atacar directamente la dignidad del menor al ser grabados, también impulsa la demanda para adquirir este tipo de material. En efecto, el art.189.1 b) CP protege un bien jurídico difuso, entrelazado con la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, conllevando así, a un adelanto de las barreras de protección sobre los menores ante un peligro inherente⁵³. En la misma dirección, FERNÁNDEZ TERUELO apunta que este tipo penal va dirigido a evitar que se produzca futuros abusos, pues en este caso no afecta a la indemnidad sexual del sujeto pasivo que se refleja en el material pornográfico que se difunde, pues tal como se ha señalado, este bien se protege en el art. 189 a) CP, sino que el fin de este precepto (art. 189.1 b) CP) es evitar que se produzca una explotación sobre las víctimas, en virtud, de una constante demanda de mercado⁵⁴.

Por consiguiente, el bien que tutela el art. 189.1 b) CP son la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, como barrera de protección frente a conductas pedófilas. En otras palabras, la distribución de pornografía infantil lesiona un interés colectivo, no un

⁵⁰ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 57.

⁵¹ BOUYSSOU, *op. cit.*, pp. 407 - 408.

⁵² Consulta 3/2006 de 29 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, p. 17.

⁵³ *Ibidem.*, p. 10.

⁵⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves”. *Boletín de la facultad de derecho*, nº 20, 2002, p. 260.

bien jurídico individual, dado que al existir un mercado que ofrece este tipo de material, da lugar a que se siga generando más abusos sobre el sujeto pasivo del delito⁵⁵, además de ello, al aparecer diferentes sujetos pasivos en el material pornográfico conlleva la afectación de un bien jurídico colectivo⁵⁶. Por ello, la finalidad de la legislación penal va dirigida a evitar que se genere una red de distribución o tráfico de materiales pornográficos⁵⁷.

La jurisprudencia, por su parte, ha adoptado dos posturas sobre este tema; por un lado, la Audiencia Provincial de Madrid considera que “todo denota que el bien jurídico que tutela el art. 189. 1 b) del C. Penal es la indemnidad sexual de la personalidad de los menores o su personalidad sexual, personalidad que queda menoscabada o alterada por la conducta ya previamente realizada consistente en utilizar al menor para confeccionar y filmar las escenas de pornografía infantil” en este caso rechaza “que se esté penando por medio de un delito de peligro abstracto la dignidad de la infancia[...] el peligro ya se ha concretado o materializado en un menoscabo de la personalidad de los menores que han intervenido en las escenas de pornografía infantil grabadas previamente” por último considera “que se expande la punición de las conductas hasta menores distribuidores del material pornográfico con el fin de disuadir mediante una mayor persecución delictivas a las personas que realizan las grabaciones con el fin de obtener un lucro con su distribución. Si la distribución también se penaliza, entiende el legislador, se disuade con mayor rigor y eficacia a los que elaboran el material al tener menos posibilidades de distribuirlo”⁵⁸.

Por el contrario, el Tribunal Supremo sostiene que en este delito lo que se protege es un bien jurídico supraindividual haciendo alusión a “la protección genérica de la infancia”, y estableciendo que “la introducción de esta modalidad delictiva, por decisión de los órganos legislativos en el conjunto de una campaña mundial contra esta clase de conductas, no deja de suscitar algunas singularidades criminológicas”⁵⁹.

⁵⁵ BOUYSSOU, *op. cit.*, p. 408.

⁵⁶ Consulta 3/2006 de 29 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, p. 17.

⁵⁷ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 226.

⁵⁸ SAP Madrid nº 298/2007 de 10 de julio, FJ. 3.

⁵⁹ STS nº 913/2006 de 20 de septiembre, FJ. 1.

En definitiva, se puede ver que ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido establecer un razonamiento común respecto al bien amparado en el art. 189.1 b) CP, pero a pesar de ello, ambas posturas mantienen la idea de su tipificación con el fin de dotar de protección a aquellos menores que son objeto de abuso sexual⁶⁰.

Sin embargo, a mi parecer no considero que el art. 189.1 b) CP tutele siempre un bien jurídico en abstracto o difuso, es más, entiendo que en ocasiones el bien jurídico protegido se puede individualizar, sobre todo cuando se procede a difundir imágenes de menores identificables o concretos, hecho que conllevaría la afectación a su dignidad directamente.

5. Sujetos y conductas típicas

Para determinar cuál es el sujeto activo del hecho criminal en cuestión, habrá que tener en cuenta las conductas que tipifica el art. 189.1 b) CP.

El indicado artículo, en lo que al sujeto activo de la distribución del material pornográfico concierne, mantiene que, por un lado, será aquel que procedan a distribuir el material pornográfico por medio de diferentes mecanismos y por otro lado, aquel sujeto que posea el material en cuestión y proceda a realizar las conductas establecidas en el art. 189.1 b) CP⁶¹. En cuanto a este último inciso, GUIADO MORENO sugiere que habría que tener en cuenta que “solo será lesiva en la medida en que con ella se fomente y promueva un “mercado” de material y contenidos pornográficos que, tratándose de los sujetos referidos, es claramente ilegal. Riesgo que en cualquier caso sin duda se incrementan por las propias peculiaridades de la Red y su amplio impacto difusor”⁶². En la misma línea, la Fiscalía considera que la penalización establecida en el art.189.1 b) CP va referida a poner a disposición de terceras personas, material pornográfico, sin que el sujeto activo haya participado en la elaboración del correspondiente material⁶³.

⁶⁰ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 208.

⁶¹ ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera). *Fiscalía del Tribunal Supremo*. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Rafael%20Escobar%20Jimenez.pdf?idFile=117d99a3-ce18-4502-9cc8-4c3ceb52d. p. 12. [consulta 20- 03- 2019]

⁶² GUIADO MORENO, Ángela. “El consumo de pornografía infantil en el internet. El lado oscuro de la red”. *Revista de contratación electrónica*, nº 8, 2007, p. 22.

⁶³ Circular nº 2/2015 de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado.

Por ende, son tres sujetos los que intervienen en los hechos, quienes se caracterizaran de diferente manera dependiendo de su intervención en el acto criminal, ellos son: el traficante, el consumidor y la víctima⁶⁴, esta última formará parte del hecho criminal dada su aparición en el material que es objeto de difusión.

En cuanto al traficante, es aquel sujeto que se dedica a distribuir material pornográfico a través de la red y quien ha venido realizando esta actividad, antes del constante uso de la red, en mercados físicos⁶⁵. Entre los posibles sujetos activos cabe diferenciar; por un lado, el sujeto activo que adquiere este material de manera indirecta, es decir, a través de otra persona y procede a comercializarlo en Internet. Por otro lado, el autor directo del hecho que produce material pornográfico para luego comercializarlo y por último, el sujeto actor del hecho que además de producir y comercial el material pornográfico intervine de persona propia en el material, es decir, actúa por sí solo o con ayuda de terceros en abusos sexuales a un menor⁶⁶.

En la actualidad, con la constante utilización de la red, la dificultad que se viene planteando con estos sujetos activos es en lo que respecta a su identificación. Dado que el vehículo material para la comisión del acto criminal de difusión y/o distribución son los medios informáticos, a los cuales, pueden acceder libremente en diferentes lugares, como por ejemplo cibercafés, universidades o a través de conexiones abiertas a Internet, los cuales no requieren ningún tipo de identificación o contraseña⁶⁷.

En cuanto a la víctima o sujeto pasivo, el tipo penal es sumamente amplio, abarcando a todo menor de edad, ya sea perteneciente a un círculo familiar o aquel que sea víctima de secuestro o abandono⁶⁸, que ha sido utilizado para la elaboración de material pornográfico y posterior difusión. Sin embargo, el problema que se viene presentando con la víctima a efectos penales es en lo respecta a su consentimiento, es decir, el precepto penal guarda silencio sobre aquellos menores que han otorgado su consentimiento para

⁶⁴ ROJO GARCÍA, Juan. “La realidad de la pornografía infantil en internet”. *Revista de derecho penal y criminológico*, n° 9, 2002, p. 235.

⁶⁵ *Ibidem.*, p. 235.

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 235.

⁶⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁶⁸ ROJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 237.

elaborar este material o sobre aquellos sujetos pasivos que han decidido por voluntad propia distribuir ese material, pues solo excluye de responsabilidad penal al sujeto, siempre y cuando, este autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez⁶⁹.

Desde una perspectiva internacional, algunos Estados tienen recogido el consentimiento del menor en sus correspondientes normativas nacionales. Así, en Italia, por ejemplo, el Tribunal tiene en cuenta el consentimiento del menor a la hora de imputar al sujeto activo, siempre y cuando, el acusado demuestre que el menor era consciente de lo que estaba realizando⁷⁰. Pero en el ordenamiento español es irrelevante el consentimiento sexual del menor⁷¹ sobre todo en aquellos casos en el que menor ha consentido libremente la realización de ese material pornográfico⁷² o haya decidido distribuir esta clase de material⁷³.

En lo referente al consumidor, puede ser el mismo sujeto activo que abusa del menor, es decir, sujeto caracterizado por tener contacto sexual con la víctima de manera sucesiva y alternativa⁷⁴. También, puede ser consumidor, aquel sujeto que dispone de videos o fotografías de carácter pornográfico con menores. Por último, es consumidor el que realiza tareas de distribución, mediante relaciones con otros sujetos con las mismas características personales, con el fin de intercambiar imágenes o videos por medios telemáticos⁷⁵. En el delito de difusión de pornografía infantil, la conducta del pedófilo va dirigida a buscar o localizar contenido pornográfico prohibido a través de web o chats, para así, satisfacer sus deseos libidinosos⁷⁶.

⁶⁹ Art. 183 quáter CP.

⁷⁰ SALVADORI, *op. cit.*, p. 24.

⁷¹ BAUER BRONSTRUP, *op. cit.*, p. 102.

⁷² *Ibidem.*, p. 250.

⁷³ Véase: <http://www.rtve.es/noticias/20190427/moda-del-selfi-sexual-ninos-se-desnudan-punado-likes/1929000.shtml> [consulta 21 -03-2019].

⁷⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, *op. cit.*, p. 196.

⁷⁵ *Ibidem.*, p. 196.

⁷⁶ GUIADO MORENO, *op. cit.*, p. 11.

Ahora bien, analizado el concepto de pornografía infantil, el bien jurídico y los sujetos intervinientes en la distribución de este material pornográfico, resulta necesario analizar los medios materiales utilizados para cometer este tipo penal, así como la interpretación que otorga el Tribunal Supremo frente a la tipificación recogida en el art. 189.1 b) CP.

6. Difusión de pornografía infantil a través de la red y los medios de distribución

Los medios telemáticos, en nuestros días, han entrañado un gran cambio. Pues han permitido realizar todo tipo de actividades de carácter social, cultural, financiera o comercial⁷⁷. Pero así como han otorgado ventajas, también han generado el incremento de las actividades delictivas⁷⁸.

El problema que presenta Internet⁷⁹, es el hecho que carece de un estatuto jurídico. Esa ausencia de límites o controles es la que provoca los problemas principales para su opresión en el ámbito penal, es decir, no va a depender solo de su tipificación, sino que esta conducta deberá ir acompañada de aquellos delitos que se cometen a través de la red⁸⁰.

Entre las actividades delictivas que se pueden cometer a través de la red, está la difusión de pornografía infantil, la cual, se viene practicando desde tiempos inmemoriales. FERNÁNDEZ TERUELO estima en primer lugar que este hecho criminal tiene mayor relevancia por “su transcendencia cuantitativa, y 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”⁸¹.

⁷⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.*, p. 250.

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 250.

⁷⁹ Según RAE “Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”.

⁸⁰ MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 11.

⁸¹ FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.*, p. 252.

De ahí, que se haya incluido en el art. 189.1 b) CP una pena para quien produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, distribución o exhibición por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido⁸². Pues el art. 189.1 b) CP lo que hace, es tipificar las conductas que procede a realizar el autor del hecho delictivo con el fin de traficar o difundir el material pornográfico, sin que este último, haya procedido a su creación o producción de este material⁸³.

Actualmente, quienes más difunden pornografía infantil son los propios consumidores, los cuales, intercambian videos o imágenes de menores⁸⁴, además de estos sujetos activos, también lo hacen las empresas, con el fin de obtener un beneficio económico. CASTRO OSPINA enfatiza que “son las empresas o corporaciones que acceden ilegalmente a los sistemas de información para detectar los gustos o costumbres de los usuarios, o bien para obtener sus datos personales incluidos en medios informáticos a fin de venderlos a otras; las empresas que realizan estafas, subastas o ventas ilegales por Internet; o aquellas que comercializan la pornografía infantil; o bien aquellas que plagian o copian obras musicales, literarias o cinematográficas para vender las reproducciones”⁸⁵.

Por lo que respecta al medio por el que se difunde el material pornográfico, en las últimas décadas, se ha venido realizando de múltiples maneras. En un principio comenzó a distribuirse por medio de revistas, libros, películas, etc. Pero el impulso tecnológico facilitó otros medios para que esta actividad ilícita la realicen los internautas⁸⁶, conllevando así, la distribución del material en cuestión por una pluralidad de

⁸² Art 189.b.

⁸³ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.*, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁵ CASTRO OSPINA, Sandra. “Algunos aspectos dogmáticos de la delincuencia informática”. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 28, 2007, p. 108.

⁸⁶ GUARDIOLA GARCÍA, Javier y SOLDINO, Virginia. Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, nº 19- 28, 2017. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-28.pdf> p. 11. [consulta 25- 03- 2019].

mecanismos. Los medios más utilizados para distribuir el material en cuestión son: páginas web, redes sociales, programas P2P, chats instantáneos, Deep web, entre otros.

En lo que se refiere a la difusión a través de páginas webs, es un medio que se caracteriza por su creación por parte del sujeto activo, quien crea la correspondiente página sobre cualquier tema pero añadiendo enlaces adjuntos para remitir a otras páginas donde contienen el material pornográfico⁸⁷.

Otro mecanismo que se ha venido utilizando son los egroups y grupos privados, que se basan en crear un grupo de forma gratuita en algún servidor de Internet, por ejemplo *yahoo*, y permiten no solo acceder a los chats en grupo sino que también permiten comunicarse en privado con demás usuarios y realizar intercambios de archivos⁸⁸.

Asimismo, están los foros y tablones, los cuales se encuentra en la red, permitiendo a los usuarios acceder y escribir en ellos, dando lugar a que puedan enlazar otras páginas que pueden contener pornografía infantil⁸⁹.

Por otro lado, se encuentran los chats, es otro medio que permite no solo la comunicación con otras personas sino también intercambiarse archivos⁹⁰. Dentro de este mecanismo, se encuentra el correo electrónico, que es el método más utilizado actualmente, pues permite intercambiarse mensajes de texto así como enviarse documentos y archivos adjuntos⁹¹. Mismas posibilidades otorgan los canales de chats, que posibilitan la comunicación en tiempo real, con envío y recibo simultáneo de mensajes o archivos en sincronía con otro usuario⁹².

En lo que respecta a las redes sociales; Facebook, Instagram, My space, VK, entre otros, no se utiliza tanto para distribuir material pornográfico, sino más bien para ponerse en contacto con las víctimas⁹³.

⁸⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.*, *op. cit.*, pp. 82 - 98.

⁸⁸ GUARDIOLA GARCÍA y SOLDINO, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 14.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 15.

⁹¹ BOUYSSOU, *op. cit.*, p. 354.

⁹² *Ibidem.*, p. 354.

⁹³ GUARDIOLA GARCÍA y SOLDINO, *op. cit.*, p. 16.

Sin embargo, el medio que más se está usando para distribuir pornografía infantil, es a través del sistema P2P (Peer to Peer), que supone ser un mecanismo para intercambiar distinta clase de archivos⁹⁴. El funcionamiento del programa se basa en que los usuarios son consumidores y distribuidores a la vez, situación que se traduce en que no existe un servidor fijo⁹⁵. Los programas basados en el sistema P2P más conocidos son, Emule, My shared folder en Ares, Edonkey, Utorrent, etc⁹⁶.

La línea jurisprudencial explica el funcionamiento del anterior sistema, señalando que “[...] La red trabaja mediante servidores que son los encargados de interconectar a los usuarios entre sí. El e- mule se basa en un red de intercambio de archivos donde lo que uno baja, es lo que comparte y viceversa y así sucesivamente. El e-mule no coge ningún archivo que el usuario no quiera (basta que lo pase de la carpeta incoming donde se almacena por defecto a cualquier otra), pero eso sí, como mínimo se han de compartir los archivos que se están bajando”⁹⁷. Por lo tanto, la principal particularidad de este medio, en lo que al tema analizado corresponde, es que cuenta con una estructura descentralizada y al no existir un servidor central conlleva una dificultad en la identificación del sujeto distribuidor y/o consumidor⁹⁸.

En esta misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009, reiterando a la jurisprudencia sentada, indica que “al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismos, el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta “incoming”; de suerte de que cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a la vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés “peer to peer, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 17.

⁹⁵ BOUYSSOU, *op. cit.*, p. 355.

⁹⁶ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 71- 72.

⁹⁷ SAP Las Palmas nº 35/2008 de 31 de marzo, FJ. 5.

⁹⁸ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 72.

(“incoming”) se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas compartidas con los demás usuarios, pero hay algo en común en todos, la carta de descarga siempre es compartida”⁹⁹.

Por último, avanzando en los medios tecnológicos utilizados con fines delictivos, es de gran relieve destacar la Deep web o Internet profundo o invisible. Una red caracterizada por carecer de indexación en los motores de búsqueda tradicionales, como Google, Yahoo, YouTube, Bing, etc., que abarcan un contenido preseleccionado y filtrado¹⁰⁰. A tal efecto, para acceder a la base de datos o “páginas web” en su sentido tradicional, habrá que acudir al único patrón de búsqueda existente que es TOR (sigla de The Onion Router), que pese a no proporcionar anonimato absoluto a sus usuarios con el cambio de dirección de IP, permite eludir las medidas que adoptan los Estados en lucha contra la ciberdelincuencia¹⁰¹.

En síntesis, el impacto que está generando el conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas, es decir, *Internet*, es que aparte de proporcionar acceso a cualquier tipo de información, desde cualquier punto del planeta, es la vía principal para el incremento de la actividad delictiva. Es decir, el constante avance tecnológico e informático, está dando lugar a un gran desafío para las Brigadas policiales, creadas con el fin de luchar contra la actividad delictiva en la red¹⁰².

En la práctica, una persona con un mínimo de conocimientos tecnológicos, es capaz de generar una dirección de correo electrónico, acceder a una aplicación, navegar e intercambiar datos. Pues esta actividad ya no está supeditada a un control directo por las plataformas virtuales (Google, Outlook, etc.) que son las que fijan protocolos y requisitos de acceso o publicación de contenido. Es más, el control que existe sobre el contenido difundido en las plataformas virtuales es superficial frente a la alta proliferación de páginas web o programas que contienen un *software* malicioso, es decir, un virus informático.

Además, importa destacar que la actualidad informática, supone un gran riesgo para los menores de edad, que sin ningún control, tienen acceso a todo tipo de contenidos en la

⁹⁹ STS nº 873/2009 de 23 de julio, FJ. 3.

¹⁰⁰ GUARDIOLA GARCÍA y SOLDINO, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹ *Ibidem.*, p. 20.

¹⁰² DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p.263.

red, lo que en casos extremos puede conducir a su correlativa vulnerabilidad. El claro ejemplo de ello, es el juego de Ballena Azul, que dio lugar a 130 suicidios en Rusia¹⁰³, y en otros países, entre ellos España.

Sin lugar a dudas, el desarrollo de los medios informáticos y de la red facilita el día a día de las personas, sin embargo, como se ha venido señalando, también es un medio que abre las puertas al desarrollo de actividades delictivas transfronterizas a mayor escala. Pues, en lo que a la distribución del material pornográfico corresponde, hay que tener en cuenta que éste al provenir de cualquier parte del mundo, pueden haber dificultades punitivas en un Estado, ya que su jurisdicción penal se limita a su territorio soberano.

6.1. Análisis jurisprudencial del art 189.1 b) CP teniendo en cuenta su difusión a través de programas P2P

Como se ha venido analizando, la distribución del material pornográfico infantil se realiza a través de las redes, material que se caracteriza por compartirse con una multitud de destinatarios¹⁰⁴. Por ello, el art.189.1 b) CP castiga, además de la venta y la exhibición, el tráfico de pornografía infantil¹⁰⁵.

Por esa razón, hay que tener en cuenta dos ideas; por un lado, el control del material ilícito que se difunde y, por otro lado, la responsabilidad que se le atribuye a esta difusión¹⁰⁶. Pues la conducta principal de este delito, no es la de elaborar el material pornográfico sino su distribución, es decir, aquello que no encaja en el apartado a) del art. 189 CP (al no tener contacto con el menor) se pasa a castigar por el art. 189.1 b) CP¹⁰⁷.

¹⁰³ Véase: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46974250> [Consulta 10/05/2019].

¹⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁵ PILLADO QUINTAS, Víctor. Pornografía infantil: Regulación de estos delitos en el Código Penal. Dificultades en su investigación. *Fiscalía provincial de Girona*. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/V%20Pillado%20Quintas%20I.pdf?id_File=7d65ac92-5a11-4934-b976-c900a60abe02, p. 20. [consulta 31- 03- 2019].

¹⁰⁶ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁷ PILLADO QUINTAS, *op. cit.*, p. 20.

Por consiguiente, es necesario analizar el precepto penal desde el plano jurisprudencial y doctrinal en cuanto a la estructura del tipo, el elemento subjetivo, dolo y su posesión para su posterior difusión.

6.1.1. Estructura del tipo

El TS estima que la estructura del tipo del art. 189.1 b) “[...] tiene dos apartados: uno, relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y **un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornografía infantil**. Así, por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo); por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien “facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio [...]”¹⁰⁸.

En la misma línea, el TS considera en la sentencia de 04 de noviembre de 2016 que “entre las conductas incluidas en el artículo 189.1.b) se encuentran las consistentes en exhibir, o en ofrecer o facilitar la difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad. La utilización de programas como el empleado por el recurrente para descargar los archivos con pornografía infantil, supone la puesta a disposición de otros posibles usuarios de los archivos descargados, con lo que, formalmente, pudiera considerarse que se procede a facilitar la difusión o la exhibición de ese material [...]”¹⁰⁹.

El art. 189.1 b) tal como se encuentra redactado, genera muchas controversias en cuanto a su estructura, teniendo en cuenta la idea de ÚBEDA DE LOS COBOS, el legislador ha establecido conductas de diversa naturaleza y las ha colocado en el mismo nivel, equiparando la difusión de pornografía infantil por precio respecto a los sujetos que realizan la difusión de manera eventual o espontánea¹¹⁰. Además, en lo referente a la

¹⁰⁸ STS nº 105/2009 de 30 de enero, FJ.3. [negrita añadido].

¹⁰⁹ STS nº 838/2016 de 04 de noviembre, FJ. 5.

¹¹⁰ ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio. La persecución de la pornografía infantil. Problemas relacionados con la distribución por internet. *La ley penal N° 37, 2007*, Disponible en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QQW_DIAyFf025RKrouqXdgUPThqep2rLdHXATNAotmLT59zPLDkX6BMLPz0--

redacción del tipo, de acuerdo con RODRÍGUEZ PADRÓN, considero que solo debería limitarse a castigar la venta, distribución o exhibición o aquellas conductas de diversa naturaleza¹¹¹, y así quedaría concretado el precepto penal con la exclusión del término “producir”, puesto que no se puede castigar la producción de un material que proviene de origen desconocido¹¹².

Asimismo, la redacción de la norma da pie a pensar que dichas conductas de difusión van aparejadas con el material que se produce en función a lo previsto en el art. 189.1 a) CP. Sin embargo, esto no siempre es así, ya que, pueden producirse conductas típicas ajenas al abuso sexual de menores, por ejemplo, que un menor de edad decida subir en la red sus relaciones sexuales de forma voluntaria¹¹³. En este caso, es racional desde mi lógica, considerar que no hay necesidad de tipificar este tipo de conductas, aunque, sí es preceptivo adoptar medidas preventivas de carácter administrativas y controladoras, ya que, en ocasiones él no es consciente del posible daño que se está auto generando. Sin embargo, sí que es necesario adoptar una tipificación en lo que corresponde a la posible descarga y posterior difusión de este material por otros sujetos.

Sobre la medida correctiva, la mayoría de la doctrina critica la desproporción de penas que hay entre el art 189.1 a) y art. 189.1 b) CP. Crítica que, a mi parecer tiene sentido, pues en concordancia con FERNÁNDEZ TERUELO, no debería establecerse la misma pena para un sujeto que utiliza a un menor directamente para elaborar material pornográfico como para un sujeto que se limita a distribuir, vender o exhibir dicho

[ZoxTi3dSDqoLxoQ6a7vIUUp7WvjJYle8QfeginMo3GqisP4En65bVMYbO4RISFdGBtsGDCanSwZdGYxNF2z0YshV3E0aPJNLkg5_Oqo0ZBUGX1ErKxUYXVsyaeWZemJrZMFvmtdSIAE0Z3CFotSpvO2ILnapFiAZjMykpKBC4D2TfWqQh3N5htD0Op2wgzmOtMerQynLqWj5txcg7YIH6tj1yUDHYfnhjaNYnhKiHI_SompyumdexhHS5C-d_OMrnX3mWjhZvynqD9z1Es_OmrFnY9OU5agL3qJ1tm0zEozvyc01ox_cBCPfg0Jv_0L-S164gtAEAAA==WKE](#). [consulta 06- 04- 2019].

¹¹¹ RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico. En DÍEZ RIPOLLÉS, José. (Dir.). *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 39.

¹¹² *Ibidem.*, p. 39.

¹¹³ ÚBEDA DE LOS COBOS, *op. cit.*,

material, sin haber participado en su producción¹¹⁴. Dado que, el autor de este delito únicamente se aprovecha de un delito ya cometido por otro. Por lo tanto, considero que debería establecerse un grado de gravedad mayor para quien elabore este material y uno inferior para quien lo distribuye¹¹⁵, lo que supondría respetar el principio de proporcionalidad del *ius puniendi*.

6.1.2. Elemento subjetivo

En lo que respecta al elemento subjetivo, la sentencia del TS de 13 de diciembre de 2010 dictaminó que “para llegar al elemento subjetivo, el tribunal sentenciador **se ha valido de la multitud de archivos compartidos a través de la red mediante el programa Emule, lo que es indicativo de su conocimiento, al repetir continuamente tales prácticas**, además de mantener una ingente cantidad de correos electrónicos en donde se produce la difusión, que en este caso no ofrece duda, dada la falta de automatismo de dicho sistema de comunicación, que requiere seleccionar el destinatario, insertar el archivo correspondiente, y activar el mecanismo difusor, lo que igualmente concurre en este caso al utilizar con tanta frecuencia el sistema de descarga compartida a través del programa utilizado, que prioriza las descargas cuanto más material se comparte –y por consiguiente se difunde-, lo que se determinó así mediante la prueba pericial que arrojó como resultado tal difusión”¹¹⁶.

De esta manera, para considerar que el material que posee el sujeto activo es objeto de difusión y que por tanto entra dentro del art 189.1 b) CP se exige un ánimo de difusión, pues la propia sentencia del TS de 29 de noviembre de 2010, establece que sólo se considerará que hay ánimo de difusión cuando se encuentre una amplia cantidad de archivos y así lo deja reflejado, al establecer que “tiene que existir un ánimo de distribuir, difundir o divulgar, y de realizar concretos actos de difusión de manera consciente [...]”¹¹⁷.

La SAP de Guipúzcoa de 27 de junio del 2017 nos dice que “de conformidad con el art. 189. 1 del CP, este tipo de conductas serán castigadas con pena de prisión de uno a

¹¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.*, p. 258.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 245.

¹¹⁶ STS nº 1098/2010 de 13 de diciembre, FJ.2. [negrita añadido].

¹¹⁷ STS nº 1128/2010 de 29 de noviembre, FJ.4.

cinco años. Nos encontramos con un supuesto con un margen de discrecionalidad importante, en el que para valorar la concreta pena a imponer **los Jueces y Tribunales atienden, entre otros criterios, al número de descargas y/o imágenes que se hallan compartidas, y al carácter de éstas.**

En el caso de autos, valoramos que el acusado desplegó este tipo de prácticas de forma regular, a través de diversas IP.s, y disímiles cuentas twitter que fue creando al efecto, y el empleo del programa emule con igual finalidad, por un lado, y por otro, el número, sin duda importante, de fotografías que fueron compartidas, en la red, la minoría de edad de muchos de los reflejados, (de menos de 13 años). En base a las circunstancias expuestas, optamos por imponer al mismo la pena de 2 años y 11 meses de prisión”¹¹⁸.

En consecuencia, para apreciar que procede el tipo de difusión, no basta con utilizar el programa P2P sino que requerirá tener conocimientos informáticos, el número de archivos que disponga, habiendo que verificar si procede a intercambiar archivos desde la carpeta denominada “comparto” o incoming (en inglés) o si dispone de otra carpeta para compartir, así como la verificación de que otros usuarios han entrado en los archivos del ordenador del sujeto y por último, cualquier circunstancia que sea necesaria para determinar que el sujeto sabe que está difundiendo pornografía infantil¹¹⁹. De esta manera, en la SAP de Barcelona de 08 de enero de 2010, establece que “el acusado creó expresamente en el programa eMule una carpeta para compartir archivos identificándola con el nombre “pthc”. Podríamos pensar que “pthc” no es más que la reunión más o menos arbitraria de varias consonantes, pero lo cierto es que dicha sigla (que responde a la abreviación de Pre Teen Hardcore) es utilizada en Internet para referirse al contenido pornográfico en el cual se presente sexo fuerte (Hardcore) con menores de edad, por lo que no cabe duda alguna de que el acusado era plenamente consciente del contenido pornográfico de los archivos que estaba compartiendo con el resto de usuarios de la red”¹²⁰.

Sin embargo, el Tribunal considera que los requisitos mencionados anteriormente no son suficientes, por ello ha decidido añadir otro requisito al art 189.1 b) CP con el fin de unificar los criterios, estableciendo que debe analizarse caso por caso para evitar caer en

¹¹⁸ SAP Guipúzcoa nº 150/2017 de 17 de junio, FJ.6. [negrita añadido]

¹¹⁹ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 84

¹²⁰ SAP Barcelona nº 26/2010 de 08 de enero, FJ.1.

equivocaciones por el mero uso de usar un programa informativo para descargar archivos¹²¹.

A esto último hace alusión el magistrado SÁNCHEZ MELGAR en el voto particular, en el cual estableció que “este Acuerdo Plenario significa que hay que estudiar, caso por caso, los pormenores de tal difusión en el supuesto enjuiciado, para deducir si se ha producido un acto de difusión que pueda incluirse en el tipo penal, lo que se producirá sin automatismos referidos a la mera redistribución o redifusión que el fichero creado por defecto por el sistema informático al uso realice de forma mecanizada, es decir, en función del grado de conocimiento que el autor tenga de tal acontecimiento, de donde habrá de deducirse el mencionado elemento subjetivo del tipo”¹²².

Sin embargo, a pesar que la jurisprudencia hace alusión a un “ánimo de difusión” a mi criterio no deja claro que se entiende concretamente por ánimo de difundir, creando así un interrogante la hora de aplicar el tipo penal. Pues el TS sólo hace mención al número de archivos que disponga el sujeto, pero la problemática que origina este delito es cuando un sujeto dispone de un número pequeño de archivos, esté los difunde, tal acto no será considerado como un delito de difusión sino que se pasara a castigar como posesión, entonces habría que analizar caso por caso para llegar a determinar si nos encontramos ante el art 189.1 b) CP o el art 189.5 CP.

En lo que respecta a los conocimientos informáticos, en la actualidad el Internet, es el método más usado, por lo tanto, la mayoría tiene ciertos conocimientos informáticos necesarios para su uso. Estando en última instancia al arbitrio de cada persona el fin de su uso, puesto que, algunos pueden utilizarlo de manera lícita, mientras que otros, como podemos ver le dan uso con fines delictivos. Es más, podemos ver que todos aquellos que difunden pornografía infantil, tienen un mínimo de conocimiento informático, por ejemplo en la STS de 28 de octubre de 2009 establece que “dicha circunstancia es una característica intrínseca del sistema empleado para compartir archivos, quedando claro, además que el acusado era usuario habitual del mismo, como demuestra el histórico de descargas”¹²³.

¹²¹ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 85.

¹²² STS nº 1110/2009 de 26 de noviembre, voto particular.

¹²³ STS nº 1074/2009 de 28 de octubre, FJ.2.

En la STS de 23 de julio de 2009 señala que “los argumentos que ha venido exponiendo en su defensa el acusado durante todo el discurrir del proceso evidencian que era un perfecto conocedor del programa emule y de sus posibilidades y derivaciones. De modo que, tratándose además de un sistema implantado a nivel general para “bajar” de la red archivos de extenso contenido y teniendo una difusión prácticamente universal, se considera inverosímil que no supiera el acusado, que es un asiduo consumidor del programa y un experto en su manejo, cuáles eran las bases de intercambio sobre que operaba y cuáles eran las contraprestaciones a que se veía comprometido con respecto a los restantes internautas de cuyos archivos se beneficiaba”¹²⁴.

6.1.3. Dolo

En lo referente al dolo, el TS tiene en consideración una serie de circunstancias para ver si da lugar o no el dolo de distribución¹²⁵.

Por ello, en la sentencia del TS de 28 de octubre de 2009, remitiéndose a la sentencia n° 105/2009 de 30 enero, nos dice que “el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentra “difundido” en internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc.

Y que, **en todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad**, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades **para ser “colgados en la red”** (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición; y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, **tal dolo (eventual) se ha de inducir de esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del conocimiento y aceptación por parte**

¹²⁴ STS n° 873/2009 de 23 de julio, FJ.6.

¹²⁵ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 76.

del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición a los demás usuarios, o proporciona a los mismos los archivos que recibe”¹²⁶.

En la misma línea, en la sentencia del TS de 13 de julio de 2017, el Ministerio Fiscal argumentó que “el ánimo de compartir es, por tanto, un dolo de consecuencias necesarias, hasta el punto que este solo sería eludible mediante una ausencia total de conocimientos informáticos. Ausencia que podría darse en supuesto de descargas por azar”¹²⁷.

Por ende, podemos ver claramente que el dolo que se exige para imputar desde el aspecto subjetivo el delito de difusión de pornografía infantil, no es un dolo directo, sino que basta con un dolo eventual. Pues la propia sentencia TS de 14 de julio de 2010, así como otras sentencias de las Audiencias Provinciales, establecen que “es típico “facilitar” la difusión o la exhibición de esas imágenes que, en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido”¹²⁸.

6.1.4. Posesión de pornografía para su posterior difusión

La difusión de pornografía infantil lleva aparejado el requisito de la posesión, ya que para poder distribuirlo primero habrá que poseerlo. Para poder determinar en qué caso se ha procedido a la difusión y en qué caso sólo da lugar la mera posesión habrá que estar al número de archivos que disponga el autor del hecho¹²⁹.

Idea que ha sido asumida por la jurisprudencia, pues así lo refleja la SAP de Asturias al establecer que **“la conducta de quien utilizando un equipo informático se conecta a un programa a través del cual se intercambian archivos con contenido pornográfico infantil, que se comparten entre los usuarios del mismo, está manipulando un material pornográfico de menores y facilitando su difusión,** lo cual traspasa los límites del simple “consumo” de imágenes pornográficas infantiles tipificado en el art 189.2 del Código Penal (*el que para su propio uso posea material pornográfico*

¹²⁶ STS nº 1074/2009 de 28 de octubre, FJ.1. [negrita añadido].

¹²⁷ STS nº 559/2017 de 13 de julio, FJ.1.

¹²⁸ STS nº 680/2010 de 14 de julio, FJ.3.

¹²⁹ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, pp. 87 – 88.

*en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces será castigado...)*¹³⁰.

Por lo tanto, se puede ver que la idea del legislador ha sido incluir la posesión al tráfico de pornografía infantil regulada en el art 189.1 b) CP¹³¹. Es decir, cuando el precepto penal hace alusión a “o lo poseyere para estos fines” está estableciendo la posesión como un requisito preordenado a lo dispuesto en el primer párrafo, pero el problema deviene a efectos prácticos, ya que es difícil verificar si una gran cantidad de material que dispone el sujeto activo es para su consumo o por el contrario una imagen o video lo está distribuyendo un sinnúmero de veces por la red¹³².

En otras palabras, el requisito “ánimo de difundir” es el que origina problemas a la hora de determinar cuando estamos ante un delito de difusión de pornografía infantil o cuándo estamos ante un delito de posesión, pues no existe una cantidad exacta o un parámetro para determinar de que a partir de esa cantidad procede la difusión, a diferencia de lo que ocurre en el delito de tráfico de drogas, el cual, parte de una cantidad para concretar que esos estupefacientes no son para el consumo propio¹³³.

En esta línea, la sentencia TS de 23 de julio de 2009 establece que, “el argumento nuclear que utiliza el Tribunal de instancia para inferir que los archivos pornográficos estaban destinados a ser distribuidos a terceros es el del número o cantidad de archivos intervenidos. Parte, pues, del hecho base de un número elevado de archivos para colegir el fin de la distribución, juicio de inferencia que refuerza con la asimilación a lo que sucede en la constatación del delito contra la salud pública del tráfico de sustancias estupefacientes[...] la fuerza determinante o concluyente que se le atribuye en la sentencia al indicio del número de archivos parece excesiva, ya que el supuesto de almacenamiento de archivos digitales pornográficos no es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito de tráfico de drogas. Pues en este, a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancia estupefaciente, se considera razonable inferir que no se halla destinada al propio consumo, inferencia que

¹³⁰ SAP Asturias rec. 38/2010 de 27 de enero, FJ.2. [negrita añadido].

¹³¹ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 99.

¹³² ORTS BERENGUER, Enrique y SUAREZ -MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 257- 258.

¹³³ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 87.

no cabe extrapolar sin notables matizaciones y reservas al mundo de la pornografía infantil. Y ello porque en este último es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esa clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material acopiado signifique necesariamente de por sí que dedique una parte a la distribución a terceros”¹³⁴.

Ante esta controversia entre el art 189.1 b) CP (se posee para posteriormente difundirlo) y el art. 189.5 CP (se posee para consumo propio), el Tribunal establece que “la posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y se diferencia con la posesión recogida en el apartado 1. b) en el elemento subjetivo, la finalidad para uso personal frente a la finalidad de tráfico o difusión y como se habla de posesión, el simple visionado o audición de contenido pornográfico no se entiende como realización del tipo, ya que es necesario que se imprima o se grabe de algún modo y el usuario puede acceder a él automáticamente. Independientemente de los problemas de prueba que presenta y de las críticas doctrinales a este precepto por entender que va en contra de los principios de mínima intervención y seguridad del Derecho penal, resulta evidente que guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1.b, en particular la de distribuir, de modo que si la conducta del recurrente ha quedado subsumida en este último apartado, se descarta la aplicación del apartado 2º que queda absorbida por el desvalor de la acción del anterior”¹³⁵.

En síntesis, el art 189.1 b) CP solo se aplica a quien disponga de cierta cantidad de material pornográfico infantil ya producido para dar lugar al requisito de difusión. Sin embargo, ORTS BERENGUER y SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ consideran que “permanece en la atipicidad la posesión de fotografías y filmaciones en sí mismas no pornográficas, pero que se piensan utilizar para hacer insertos o manipulaciones en la obra que finalmente se difunda”¹³⁶. También se ha podido observar que tanto el TS como las Audiencias Provinciales, a lo largo de los años, absuelven por difusión y condenan por posesión, pues el art 189.5 CP ha permitido establecer una pena dirigida directamente

¹³⁴ STS nº 873/2009 de 23 de julio, FJ.3.

¹³⁵ STS nº 1377/2011 de 19 de diciembre, FJ.4.

¹³⁶ ORTS BERENGUER y SUÁREZ -MIRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 258.

a la acción que realiza el autor aunque éste último haya utilizado un programa P2P, o disponga de una multitud de archivos al igual que tenga conocimientos informáticos¹³⁷.

En mi opinión, y siguiendo la idea DE LA ROSA CORTINA, se debería establecer un tipo intermedio entre quien disponga para sí de este material y quien en sentido estricto lo difunda¹³⁸ para que a partir de esa delimitación, se proceda a castigar por un delito u otro.

6.2. Análisis jurisprudencial del subtipo 189.2 c) CP

En lo que respecta a la agravación, el art. 189.2 c) CP establece que *“cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual”*.

Precepto penal que ha sido objeto de reforma a consecuencia de las constantes críticas doctrinales que se venían realizando al art. 189.3 d) ya que, este artículo recogía los términos “niños” e “incapaces” y tras la reforma del 2015, el art. 189.2 c) pasa a establecer los términos “menor” y “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” con el objetivo de que no quede fuera de la protección penal cualquier menor que no esté comprendido dentro del concepto “niño” y con el fin de estar en concordancia con lo establecido en el art.1 de la Convención de Derechos del Niño y la LO 1/1996 de protección jurídica del menor¹³⁹.

Entrando a analizar el subtipo, hay que ver que entiende la jurisprudencia por situaciones de violencia física o sexual. La sentencia del TS de 22 de junio de 2010, contempla dos formas de violencia: “[...] una, equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra, conveniente con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (sadismo... etc.)[...]”¹⁴⁰ y en la STS de 13 de diciembre 2010, entiende por violencia sexual

¹³⁷ DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁸ *Ibidem.*, p. 89.

¹³⁹ *Ibidem.*, p. 142.

¹⁴⁰ STS nº 588/2010 de 22 de junio, FJ.6.

“acciones o situaciones de forzamiento, y tales ataduras en los miembros inferiores y superiores de las niñas, colman las exigencias típicas de una violación”¹⁴¹.

Es decir, este subtipo va referido a aquel material que representa actos de violencia sobre el sujeto pasivo, en otras palabras, el art 189.2 d) CP no se refiere a la utilización del menor en sí, sino tal como lo refleja el artículo, al material pornográfico, originando que esta agravante se pueda aplicar tanto al art. 189.1 a) CP como al art. 189.b) CP¹⁴². Pero para su aplicación al delito de difusión es necesario que el autor tenga conocimiento del contenido de ese material así como el ánimo para difundirlo, es decir, se exige un dolo específico¹⁴³.

La jurisprudencia hace mención a esto, al establecer que “el verbo típico (que el material pornográfico ocupado “represente”...) **es compatible con la conducta básica del art 189.1 b) ahora enjuiciada (difusión de material pornográfico y posesión con dicha finalidad)** por lo que no existe óbice alguno a su aplicación en supuestos de difusión caso de que se incluya entre el material ocupado algún archivo que represente a niños que son víctimas de violencia física o sexual”¹⁴⁴.

En esta misma línea lo ha dejado reflejado la sentencia TS de 05 de julio de 2010, al establecer que “no resulta fácil excluir la aplicación del tipo agravado a aquellos casos en los que el usuario que no ha participado en el proceso de creación o producción de esos archivos, una vez abiertos todos o algunos de los que dispone, opta conscientemente por su distribución o los mantiene en la carpeta “incoming”, susceptible de descargas incontroladas, pese a conocer el carácter singularmente degradante y vejatorio de su contenido. Esa mayor intensidad de la ofensa al bien jurídico, producida por una acción en la que no ha de faltar el dolo directo o eventual, justificaría la aplicación del tipo agravado, sin que exista argumento gramatical – como acontece en el apartado a) del mismo precepto, que emplea el vocablo utilicen a niños – o contextual que lo impida”¹⁴⁵.

¹⁴¹ STS nº 1098/2010 de 13 de diciembre, FJ.3.

¹⁴² DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴³ FIGUEROA NAVARRO, Carmen y CÁMARA ARROYO, Sergio. “Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015”. *Anuario de Derecho penal y ciencias Penales*, núm. LXVIII, 2015, p. 543.

¹⁴⁴ STS nº 12/2015 de 20 de enero, FJ.6. [negrita añadido].

¹⁴⁵ STS nº 674/2010 de 05 de julio, FJ.3.

En definitiva, para aplicar este precepto penal ha de coincidir una serie de requisitos y premisas establecidas por la jurisprudencia. Pues esta agravación ha permitido que pueda ser aplicada en ambos tipos penales reguladas en el art.189 CP. En mi opinión, esta agravación responde claramente al delito de difusión de la pornografía infantil, dado que antes se limitaba aplicar este subtipo cuando utilizaran menores¹⁴⁶, pero con la reforma del 2015, el legislador ha permitido que se pueda agravar la pena para aquellos sujetos que difunden este tipo de material que representa actos de violencia que sufren los sujetos pasivos.

7. Medidas para el bloqueo de páginas web y aplicaciones

La pornografía infantil, se ha venido distribuyendo con mayor envergadura a través de los medios telemáticos, es por ello que la Directiva 2011/92 UE en su art. 25 determina una serie de medidas y normas para combatir este tipo criminal¹⁴⁷.

Siguiendo la línea establecida en la normativa europea, los Estados Miembros pueden adoptar diferentes medios para proceder al bloqueo de aplicaciones o retiro de páginas web¹⁴⁸, entre ellas; medidas legislativas, judiciales, no legislativas¹⁴⁹. Así mismo, las empresas proveedoras de servicios de Internet pueden adoptar medidas que estimen convenientes para prevenir o evitar el uso de sus servicios de forma ilícita¹⁵⁰.

Sin embargo, esto no es tan sencillo, sobre todo cuando el servidor por el cual se difunde la pornografía infantil no se encuentra en un Estado Miembro de la UE, sino en un tercer Estado, el cual o no está dispuesto a cooperar, o que según sus normas internas,

¹⁴⁶Véase:<https://www.abc.es/sociedad/20150125/abci-supremo-pornografia-infantil-penas-201501251641.html>.

¹⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales. En DÍEZ RIPOLLÉS José. (Dir.). *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 370.

¹⁴⁸ GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema. “La protección de la infancia frente a la pornografía infantil”. *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 15, 2013, p. 108.

¹⁴⁹ *Ibidem.*, p. 109.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 109.

no se penaliza la distribución de este tipo de material pornográfico, o que incluso su eliminación suponga un proceso excesivamente lento.¹⁵¹

En lo que respecta a las medidas, una de las medidas que ha supuesto un gran avance para la lucha contra la difusión de pornografía infantil en el plano internacional, es la CIRCAMP (Cospol Internet Related Child Abusive Material Project), se trata de un sistema fundado por la policía de noruega y británica en colaboración con la EUROPOL e INTERPOL¹⁵². Programa cuyo fin, es evitar que se siga distribuyendo material pornográfico en sitios comerciales¹⁵³. Así mismo, la conciencia social y política ha supuesto que varios países vayan adoptando otras medidas para el bloqueo de estos sitios web¹⁵⁴.

Centrándonos en el ámbito español, el art 189.8 CP lleva aparejado dos acciones; por un lado, otorga potestad a los jueces para bloquear y/o retirar páginas web o, en su caso, aplicaciones que contengan material pornográfico, previa solicitud del Ministerio Fiscal¹⁵⁵.

Por otro lado, para la adopción de medidas cautelares, es necesario que estas medidas sean solicitadas por el Ministerio Fiscal, dado que el Juez de Instrucción no puede adoptarlas de oficio¹⁵⁶.

Estas previsiones no solo hace alusión el CP sino que también se encuentra recogido en otras disposiciones legales, como por ejemplo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 13 la cual establece la adopción de medidas cautelares y la protección del ofendido o perjudicado y en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en su art.8 la cual establece que deberán quitarse aquellos datos

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 108.

¹⁵² DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵³ *Ibidem.*, p. 293.

¹⁵⁴ Véase: <https://www.fayerwayer.com/2015/02/francia-ya-tiene-una-ley-que-permite-bloquear-sitios-web-peligrosos-sin-una-orden-judicial/> [consulta 25- 04- 2019].

¹⁵⁵ QUINTAS PILLADO, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁶ *Ibidem.*, p. 46.

que atenten contra la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia¹⁵⁷.

Sin embargo, a mi parecer esto no es suficiente, pues es evidente que la autoridad judicial se encuentra limitada, ya que en ocasiones, y así lo refleja la Doctrina, no se puede retirar las páginas o aplicaciones que tengan contenido ilícito¹⁵⁸. Esto se origina cuando los servidores se encuentran fuera del territorio español o cuando el material que se está compartiendo en un programa P2P proviene del extranjero¹⁵⁹. Por ello, considero que es importante la cooperación internacional, no solo para evitar que este material se siga distribuyendo en la red sino que al evitar esta distribución, disminuye el abuso sobre los sujetos pasivos. Asimismo debería establecerse medios para que los jueces puedan adoptar las medidas que estimen conveniente sin depender de la solicitud del Ministerio Fiscal para que estas páginas o aplicaciones se cierren completamente.

8. Conclusiones

Del análisis expuesto se puede ver que el masivo desarrollo de los medios informáticos y del Internet ha sido el vehículo material ideal para globalizar la pornografía infantil. Pues lo que antes era un difícil y largo proceso de distribución, ahora se ha convertido en uno de los medios principales, cuya distribución se lleva a cabo mediante páginas web, redes P2P, aplicaciones de mensajería, etc., es decir, Internet en el medio que ha permitido la transnacionalidad delictiva.

Esta situación ha originado que el Derecho Penal haya quedado limitado, no solo por el hecho de que hasta hace poco no contaba con un concepto de pornografía infantil, sino por el hecho de que la definición adoptada sigue presentando limitaciones. Además de que, la aplicación del Derecho Penal se encuentra limitada al territorio de su soberanía.

Ahora bien, a pesar de los obstáculos de la ley Penal, se ha establecido un bien jurídico abstracto, es decir, un bien colectivo, adelantando las barreras de protección de los

¹⁵⁷ FIGUEROA NAVARRO Y CÁMARA ARROYO, *op. cit.*, p. 548.

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 46.

¹⁵⁹ QUINTAS PILLADO, *op. cit.*, p. 46.

menores frente a las conductas delictivas realizadas por el sujeto activo, en los que procede a proteger la dignidad y la seguridad de la infancia y su indemnidad.

En lo que respecta a las características del precepto penal (art. 189.1 b CP), para tipificar la conducta del sujeto como un delito de difusión de pornografía infantil, se ha requerido que procedan los siguientes requisitos; ánimo de difundir, conocimientos informativos, que utilice un programa P2P o cualquier otro medio, así como cualquier otra circunstancia que sea importante para determinar que da lugar el delito de difusión de pornografía infantil y todo esto acompañado de un dolo eventual. Y, en cuanto, a las medidas para bloquear páginas web, se anuncia que se podrá adoptar los mecanismos necesarios para cerrar las páginas web o programas de Internet.

A partir de todo esto, cabe manifestar que el Derecho Penal ha quedado limitado territorialmente y sus operadores materialmente, para combatir la pornografía infantil en su totalidad, en lo que a su aplicabilidad transnacional corresponde. Pues como se ha venido señalando, se trata de un problema que se está dando constantemente en la actualidad y afecta a múltiples Estados con discordancias legislativo-penales. Es más, cabe considerar que si la criminalidad está creciendo en mayor medida por las tecnologías, el Derecho Penal también debería ser capaz de transformarse para poder hacer frente a estas conductas delictivas.

Su principal atención, de cara a la colectividad, debería ir dirigido no solo a concienciar a la sociedad de la situación que se está dando sino que también debería intentar disminuir los factores de riesgo y vulnerabilidad de la víctima. Puesto que vivimos en un entorno que cada día depende más de Internet y al no estar su uso limitado, se hace necesario la sensibilización sobre la transmisión de este tipo de material, ya que, no se trata de simples imágenes o videos de menores, sino que detrás de este tipo de contenido hay una utilización de menores que han sido sometidos a prácticas sexuales, a los cuales, a grandes rasgos les ha causado mayores riesgos personales, sociales y emocionales.

En cuanto a la medida correctiva que debería establecer el CP, considero que es necesario establecer penas acordes en función de las conductas realizadas por cada sujeto. Es decir, se debería establecer una pena de mayor gravedad para quien produce y una pena con un grado inferior para quien difunde para que de esta manera, no existan

discordancias punitivas, ya que, a mi entender vulneran el principio de proporcionalidad del sistema punitivo.

Asimismo, deberían adoptarse medidas extra-penales nacionales e internacionales que repriman estas conductas, con el fin de evitar que siga creciendo la distribución de material pornográfico infantil. Aportando un refuerzo en la colaboración policial entre los Estados frente al material que proviene de otros países. Por último, se debería potenciar la colaboración con organizaciones gubernamentales y sectores privados con el fin de parar este fenómeno delictivo, adoptando de esta manera, medidas de corte administrativo.

Bibliografía

BAUER BRONSTRUP, Felipe. *Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal (estudio del artículo 189 CP)*. [Tesis doctoral], Universidad de Sevilla, 2015, Sevilla.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel. “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”. *Revista internacional derecho penal contemporáneo*, nº 58, 2017. Disponible en: https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_b815222513dc4d4c94c6fefca8f88568.

BOUYSSOU, Norma. *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.

CABRERA MARTIN, Miriam. “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”. *Cuadernos de política criminal*, nº 121, 2017, I, época II, mayo 2017, pp. 203- 256, ISSN 0210- 4059.

CASTRO OSPINA, Sandra. “Algunos aspectos dogmáticos de la delincuencia informática”. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 28, 2007, pp. 107-125, ISSN 0121-0483.

DÍAZ CORTÉS, Lina. “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre libertad sexual y la influencia de la directiva 2011/92/UE en la reforma del 2015”. *Revista de derecho penal y criminología*, nº 13, 2015, 3º. Época, pp. 13 – 50.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales. En DÍEZ RIPOLLÉS José. (Dir.). *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 323- 371.

DE LA ROSA CORTINA, José. *Los delitos de pornografía infantil, aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera). *Fiscalía del Tribunal Supremo*. Disponible en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Rafael%20Escobar%20Jimenez.pdf?idFile=117d99a3-ce18-4502-9cc8-4c3cebfde52d.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves”. *Boletín de la facultad de derecho*, nº 20, 2002, pp. 249-276.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen y CÁMARA ARROYO, Sergio. “Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015”. *Anuario de Derecho penal y ciencias Penales*, núm. LXVIII, 2015, p. 543, pp. 525- 553, ISSN 0210 – 3001.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema. “La protección de la infancia frente a la pornografía infantil”. *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 15, 2013, pp. 90 -111, ISSN 2070 – 8157.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier y SOLDINO, Virginia. Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, nº 19- 28, 2017. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-28.pdf>, pp. 01- 25, ISSN 1695 – 0194.

GUISADO MORENO, Ángela. “El consumo de pornografía infantil en el internet. El lado oscuro de la red”. *Revista de contratación electrónica*, nº 8, 2007, pp. 03- 46, ISSN 1576- 2033.

MORALES PRATS, Fermín. *Pornografía infantil e internet*. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 2002.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Madrid: Dykinson, 2006.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En MORILLAS FERNANDEZ, David. (Ed.). *Estudios sobre el Código Penal Reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 433- 485.

NIETO GARCÍA, Ángel. Notas de urgencia acerca de la atipicidad de la <<posesión y producción de pornografía infantil para uso propio>> en la pretendida reforma del Código Penal. *Diario la Ley* nº 8082, 2013, Disponible en

https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1Qy27DIBD8mnBBqrCSuvWBS-JjVUWt2_saNq4SARcWN_77LnWQRsy-Zgd-CqZ1wDvpEAmYtChLmjAYBxIMJgM15TkgNzvjLNhHwtNEEkOlc0LCYLkoE15iutUhL0-7otRlb90U5RkDeJHXEMN600MqKAjGrBuldi-momHsGQdGy3hldDWvBBgq4PtodFO5W3CAUSsRk8V0XJkRm_cfmJnma_x9h8VN7DiGI6Rtm7NW94Pi03Rd-9yKBVPmBv3t-LmEliMkcz3DhPrNZQJWK57AxvwEeb4Ll78Cb87gP_87N9lt6liIWGqksNWE8Xz3QHgCzz_zMPEHv807cG0BAAA=WKE. Sección Documento on-line, Ref. D- 180, Editorial La Ley.

ORTS BERENGUER, Enrique y SUAREZ -MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch “colección los delitos”, 2001.

PILLADO QUINTAS, Víctor. Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el Código Penal. Dificultades en su investigación. *Fiscalía provincial de Girona*. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/V%20Pillado%20Quintas%20I.pdf?idFile=7d65ac92-5a11-4934-b976-c900a60abe02, p. 20.

RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico. En DÍEZ RIPOLLÉS, José. (Dir.). *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 11-49.

ROJO GARCÍA, Juan. “La realidad de la pornografía infantil en internet”. *Revista de derecho penal y criminológico*”, nº 9, 2002, 2º época, pp. 211-251.

SALVADORI, Ivan. La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19- 29, 2017. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf>, pp. 01- 48, ISSN 1695-0194.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Navarra: Aranzadi editorial, 2000, p. 119.

ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio. La persecución de la pornografía infantil. Problemas relacionados con la distribución por internet. *La ley penal N° 37*, 2007, Disponible en https://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2Q QW_DIAyFf025RKrouqXdgUPTHqep2rLdHXATNAotmLT59zPLDkX6BMLPz0--ZoxTi3dSDqoLxoQ6a7vIU7WvjJYle8QfegjnMo3GqisP4En65bVMYbO4RISFdGBts GDCanSwZdGYxNF2z0YshV3E0aPJNLkg5_Oqo0ZBUGX1ErKxUYXVsyaeWZemJr ZMFvmtdS1AE0Z3CFotSpvO2ILnapFiAZjMykpKBC4D2TfWqQh3N5htD0Qp2wgzm OtMerQynLqWj5txcg7YIH6tj1yUDHYfnhjaNYnhKiHI_SompyumdexhHS5C-d_OMrnX3mWjhZvynqD9z1Es_OmrFnY9OU5agL3qJ1tm0zEozvyc01ox_cBCPfg0Jv_0L-S164gtAEAAA==WKE. Sección Estudios, abril 2007, Editorial LA LEY.

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS n° 913/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 20 de septiembre [RJ 2006/6401].

STS n° 796/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 01 de octubre [RJ 2007/6495].

STS n° 105/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 30 de enero [RJ 2009/331].

STS n° 873/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de julio [RJ 2009/4613].

STS n° 1074/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 28 de octubre [RJ 2009/5837].

STS N° 1110/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 16 de noviembre [RJ 2010/177].

STS n° 588/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 22 de junio [RJ 2010/3724].

STS n° 674/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 5 de julio [RJ 2010/7193].

STS n° 680/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 14 de julio [RJ 2010/3509].

STS n° 803/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 30 de septiembre [RJ 2010/7650].

STS n° 1128/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 29 de noviembre [RJ 2011/596].

STS n° 1098/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 13 de diciembre [RJ 2011/1183].

STS n° 1377/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 de diciembre [RJ 2012/8615].

STS n° 12/2015 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 20 de enero [RJ 2015/131].

STS nº 838/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 04 de noviembre [RJ 2016/5208].

STS nº 559/2017 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 13 de julio [RJ 2017/3345].

Sentencias de la Audiencia Provincial:

SAP Madrid nº 298/2007 (Sección 15ª) de 10 de julio [JUR 2007/318218].

SAP Las Palmas nº 35/2008 (Sección 6ª) de 31 de marzo [JUR 2008/105612].

SAP Asturias rec.38/2009 (Sección 8ª) de 27 de enero 2010 [ECLI: ES:APO: 2010:2907].

SAP Barcelona nº 26/2010 (Sección 3ª) de 08 de enero [ARP 2010/454].

SAP Guipúzcoa nº 150/2017 (Sección 1ª) de 17 de junio [JUR 2017/232123].

Normativa consultada

Acuerdo plenario del Tribunal Supremo celebrado el 27 de octubre de 2009.

Consulta 3/2006 de 29 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

Circular 2/2015, de 19 de junio de 2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015

Código Penal.

Convención de los Derechos del Niños.

Convenio de Ciberdelincuencia.

Directiva 2011/92 UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 34/2002, de 11 de junio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico.

Casos

<http://www.rtve.es/noticias/20190427/moda-del-selfi-sexual-ninos-se-desnudan-punado-likes/1929000.shtml>

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-46974250>

https://elpais.com/sociedad/2019/02/05/actualidad/1549359234_903677.html

<https://www.fayerwayer.com/2015/02/francia-ya-tiene-una-ley-que-permite-bloquear-sitios-web-peligrosos-sin-una-orden-judicial/>