

EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

No cabe duda de que internet supone una vía privilegiada para la distribución de la pornografía infantil.

El consumidor de este tipo de imágenes ya no tiene que acudir a ambientes marginales para conseguir, algunas fotos de menores determinados, con riesgo cierto de ser descubierto. El acceso a la red le permite, desde su casa, su lugar de trabajo o incluso desde ordenadores instalados en establecimientos públicos asomarse, con muy escaso esfuerzo, a la producción mundial de este tipo de material. Incluso, si es constante y no cesa en su busca, podrá localizar espacios (webs, chats, foros), donde otros sujetos, con su mismo objetivo, estarán dispuestos a intercambiar con él toda la producción que hayan encontrado, sin contraprestación económica alguna. En definitiva los conceptos “traficante” y “consumidor” se difuminan y entremezclan, de tal manera que los consumidores pasan a ser los principales difusores de pornografía en la red.

Internet plantea, en este ámbito, problemas de muy diverso orden. En primer lugar se constata que los centros de producción de pornografía infantil se van desplazando de forma inexorable hacia lugares donde expresamente no aparecen tipificadas estas conductas (en ocasiones se encuadran en tipos más amplios con penas simbólicas), donde se protege únicamente a personas de edad muy inferior a los 18 años o donde resulta ineficaz la persecución de estos delitos.

La falta de una uniformidad legal, y de colaboración internacional determina una especial dificultad en la persecución de aquellos que producen este material, y, por ello, convierten en ilusoria la defensa adecuada de los menores que son objeto de estas prácticas. La actuación de los tribunales en nuestro entorno se limita, con contadas excepciones, a las conductas de difusión de material ya elaborado o de tenencia de pornografía. Este hecho condiciona, sin duda, la actividad del legislador y de los tribunales.

La problemática se ve agravada en los supuestos en que el material pornográfico tiene como sujeto pasivo a incapaces. La falta de persecución de las redes de producción, impide conocer, en muchos casos, si en la elaboración se han utilizado imágenes de estas personas. Además, son muy numerosas las legislaciones que contemplan como delito la pornografía infantil, pero se olvidan de los incapaces, lo que, sin duda, supone que estas personas, especialmente desprotegidas, queden a merced de organizaciones que se dediquen a tan reprochable actividad.

Por tanto, resulta patente la necesidad de tender a la unificación de los sistemas penales, y de profundizar en la colaboración internacional, para hacer efectiva la acción del Derecho Penal:

1.- Normativa internacional que excede del ámbito de la Comunidad Europea

Norma de referencia, sin duda, es la Convención de los Derechos del niño de 1989 que, en su artículo 34, obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias en el ámbito interno e internacional para evitar “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta el Tratado de Nueva York contra la explotación sexual del niño de 25 de mayo de 2000 (BOE de 31 de enero de 2002). En su artículo 3 establece que todos los Estados parte, incluirán en su legislación penal la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil.

En tercer lugar considero de interés el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva Cork el 15 de noviembre de 2000 (BOE de 11 de diciembre de 2003). En esta norma se establece como objeto de protección al menor de 18 años (artículo 3.d))

Para concretar el concepto “pornografía infantil” destaca la Convención del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen (Budapest 23-11-2001), norma con vocación de universalidad.

Este convenio cumple todos los presupuestos para convertirse en referente para la cooperación internacional en el ámbito de la delincuencia informática, tanto por la precisión con que se describen las diferentes conductas delictivas, como por las normas procesales tendentes a la efectividad de la persecución internacional. Ahora bien, aún siendo innegable su calidad técnica, resulta llamativo el escaso número de países que a la fecha lo han ratificado, a pesar de que su entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2004.

Cibercrimen dedica a la pornografía infantil su artículo 9. Al definir dicho concepto establece en primer lugar que se entenderá por menor a toda persona menor de 18 años, si bien, se admite que las normas nacionales contemplen una edad inferior, que nunca podría bajar de los 16.

Considera dicha norma pornografía infantil, todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a.- un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- b.- una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- c.- imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.

Los Estados parte podrá reservarse de forma total o parcial la aplicación de los apartados b y c, es decir, los supuestos de pornografía virtual o pseudopornografía,.

Establece también esa norma un catálogo de conductas punibles, que son las siguientes:

- a.- la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;

b.- la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;

c.- la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático,

d.- la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;

e.- la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

Con respecto a los apartados d y e (es decir, “bajarse” pornografía de la red o la mera posesión de este tipo de imágenes), el Convenio admite que las partes puedan reservarse el derecho de no aplicación.

2.- Normativa de la Comunidad Europea

En este ámbito destaca la Decisión Marco 2004/68/ JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Diario Oficial de la Unión de 20 de enero de 2004). Su finalidad es lograr una uniformidad legislativa en la determinación de las conductas que deben considerarse delictivas

Se identifica como niño al menor de 18 años. Se considera pornografía infantil el material que describa o represente de manera visual a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica. Seguidamente hace referencia a las denominadas pseudopornografía y a la pornografía virtual.

Los comportamientos punibles son:

- 1.- producción de pornografía infantil.
- 2.- distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil.
- 3.- ofrecimiento o facilitación por cualquier otro medio de pornografía infantil.
- 4.- adquisición o posesión de pornografía infantil.

Finalmente se establece que los países miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción a la comisión de las infracciones mencionadas, así como la tentativa de comisión de las mismas.

Entra la norma en el capítulo de las penas a imponer que deberán ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias", fijando unos mínimos para cada conducta.

El artículo 5 proporciona una lista de circunstancias agravantes, sin perjuicio de otras circunstancias establecidas en la legislación nacional cuando:

1.- la víctima sea un niño que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual según el derecho nacional;

2.- el autor haya puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño;

3.- la infracción se haya cometido empleando violencia grave contra el niño o causándole un daño grave;

4.- la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva según la definición de la Acción Común 98/733/JAI.

Cada Estado miembro podrá introducir disposiciones destinadas a inhabilitar a las personas físicas, condenadas por una de las infracciones enunciadas, para el ejercicio de actividades que supongan el cuidado de niños.

Con el fin de evitar que el delito quede impune por conflicto de competencia, la decisión introduce criterios de atribución.