

EL TIPO DE MERA POSESIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (ART. 189.2): RAZONES PARA SU DESTIPIFICACIÓN

PATRICIA ESQUINAS VALVERDE

Becaria postdoctoral de Investigación, Universidad de Granada

1. Introducción: tráfico y consumo de pornografía infantil como injustos penales. Argumentos esgrimidos en el Derecho europeo para sancionar tales comportamientos.

El fenómeno del consumo e intercambio de pornografía infantil, preferentemente en la modalidad de imágenes o fotografías de menores, ha adquirido en los últimos años un volumen inquietante, creciendo al mismo tiempo la preocupación de los ciudadanos, de los poderes públicos y de la doctrina jurídica por combatir una manifestación objeto de tan intensa reprobación social. En la era de la información y de las telecomunicaciones, dicho tráfico se localiza en una proporción mayoritaria en el marco de Internet, de manera que todos los sujetos intervinientes en tales contactos, tanto los consumidores como los productores y eventuales distribuidores de similares contenidos se benefician de las considerables ventajas que dicho escenario físico y económico reporta: a saber, en cuanto a la fluidez de los enlaces, el carácter gratuito para los usuarios de un buen número de servicios (acceso a páginas webs, chats, uso de una cuenta de correo electrónico, etc.) y la facilidad para ocultar la propia identidad durante el tiempo en que se utilizan tales servicios, e incluso en el caso de que se pongan en circulación o a disposición pública determinados datos. En efecto, en la actualidad se reconoce como principal vía de difusión del material pornográfico infantil —reducida a un mínimo porcentaje la venta convencional de documentos gráficos

(revistas) o audiovisuales (películas de cine o de vídeo)—aquella que realizan los propios consumidores, usuarios de la Red, por regla general precisamente afectados del trastorno sexual de la pedofilia: éstos se intercambian fotografías de menores desnudos o en actitud más o menos obscena, sin contraprestación económica adicional alguna y aprovechando la impunidad y el anonimato, e incluso la sensación de «comunidad de intereses» y de compañerismo que brinda la existencia de grupos, «salones de conversación» y otros foros temáticos en Internet. Se trata del esquema de «dar para recibir», que, junto con el negocio también internáutico de suministro periódico de imágenes a los clientes, a cambio de pagos efectuados con tarjetas de crédito¹, estaría dinamizando en gran medida este sector de la criminalidad².

Sin duda alguna resulta comprensible la elevada alarma social, tanto a nivel nacional como internacional, suscitada por este problema. Sin embargo, como en tantas otras ocasiones conviene racionalizar el recurso que se pueda hacer a los medios jurídico-penales en orden a solucionarlo, pues de nuevo peligra la salvaguardia de algunos principios fundamentales, como el de necesaria lesividad u ofensividad al bien jurídico de la acción punible, el de intervención mínima del *ius puniendi*, o el de seguridad jurídica. En este sentido, especiales suspicacias despierta la tipificación penal, aun como modalidad delictiva atenuada, del mero comportamiento de posesión de pornografía infantil para el propio y exclusivo consumo, de acuerdo con la nueva redacción otorgada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al apartado 2º del art. 189 del Código Penal. A tenor de dicha normativa, resulta penalmente relevante y sancionable con una pena de prisión entre los tres meses y el año de duración, o con multa de 6 a 24 meses, la conducta de quien, por ejemplo, aislado y protegido en la privacidad de su domicilio contemple dichas imágenes, en forma de película, revista o copia fotográfica, o quien frente a su ordenador, simplemente descargue tal material en su memoria provisional de trabajo, o, en otro caso, lo almacene de forma permanente entre sus archivos. A este respecto, justo es decir que el legislador español había resistido hasta ese año 2003 la poderosa influencia de numerosas instancias supranacionales, incluida la Unión Europea,

¹ De hecho, similares características presentaba uno de los últimos casos de tráfico de pornografía infantil detectados por la policía española, en el que los consumidores y usuarios de la Red obtenían de ese modo el derecho a acceder a las páginas prohibidas en Internet (noticia recogida en el Diario *El Mundo*, de 18 de enero de 2006, www.elmundo.es/elmundo/2006/01/18/sociedad).

² Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, págs. 79 a 81.

obstinadas defensoras de extender la persecución penal hasta el mismo comportamiento de consumo³, así como la presión indirecta ejercida por los Estados más afines y cercanos al nuestro, algunos de los cuales habían recogido ya antes de aquella fecha el mencionado tipo de simple posesión⁴. Y en verdad, la mayoría de ellos han previsto una sanción más severa para el adquirente de pornografía infantil que la que dispone ese art. 189.2 CP⁵. A saber, tales penas oscilarían desde el máximo de cinco años de prisión y multa, o diez años y multa, según los casos, establecido por la estricta regulación ameri-

³ Así, comenta la existencia de tal consenso internacional a nivel de Congresos y foros especializados en la lucha contra la pornografía infantil, acerca de la conveniencia de incriminar a los consumidores, ROJO GARCÍA, Juan Carlos, «*La realidad de la pornografía infantil en Internet*», *RDPC* 2002, n.º 9, pág. 245. *Vid.* también 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 y europeos*», en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 325 y ss.

⁴ Para un análisis de Derecho comparado exhaustivo acerca de las distintas regulaciones penales nacionales en materia de pornografía, ya sea infantil, o «de adultos» o «general» (también llamada «blanda»), no sólo en cuanto a la posesión sino asimismo a la producción, difusión, etc., *vid.* SIEBER, Ulrich, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, editado por el Ministerio Alemán de Justicia, Bonn, 1999, así como, del mismo autor, con carácter más resumido, «*Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht*», en la revista *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2000, cuaderno 2, págs. 89 a 105.

⁵ Contradice esta afirmación, entre las legislaciones examinadas, únicamente la suiza, que coincide con la española en la previsión de un año como máximo de privación de libertad. Tal sanción será aplicable, en virtud del art. 197.4, apartado 3 *bis* del StGB (salvo que se fije sólo la alternativa de multa), a quien *adquiera, se consiga* a través de medios electrónicos o de otro modo, o bien *posea objetos* o representaciones que tengan por contenido conductas sexuales con niños o animales, o conductas sexuales con acciones violentas. Y a su vez, se entienden por tales *objetos*, a tenor del número 1.º del art. 197, los «documentos pornográficos, o grabaciones de sonido o imagen, o ilustraciones o imágenes, u otros objetos de la misma naturaleza, o bien representaciones pornográficas de una persona menor de 16 años». Dicho apartado 3 *bis* fue introducido por la Ley Federal de 5 de octubre de 2001 (en vigor desde el 1 de abril de 2002), *sobre delitos contra la integridad sexual y prohibición de la posesión de pornografía «dura»*.

⁶ Se refiere el *United States Code*, en su parágrafo 2252, apartados a.4.A y B —dentro del Capítulo 110 (*Explotación sexual y otros abusos de niños*) de la Parte I del Título 18— a toda persona que a sabiendas *posea* uno o más libros, revistas, películas, cintas de video u otro material *que contenga cualquier representación visual, habiendo sido éste enviado* por correo o por barco o transportado en el comercio interior o exterior, o bien producido empleando materiales que hayan sido enviados por correo, o por barco, o transportados por cualquier medio, incluso por ordenador (letra B), así como a toda persona que *dentro de la jurisdicción especial marítima o territorial de los Estados Unidos*,... a sabiendas *posea* uno de los citados materiales (letra A), *siempre que* (en cualquiera de los dos casos): (i) *la producción de tal representación visual implique el uso de un menor tomando parte en una conducta sexual explícita*; y (ii) *tal representación visual sea de dicha conducta*. Ambos comportamientos por igual llevan aparejada, de acuerdo con la subsección b) de ese parágrafo 2252, la pena de prisión

cana⁶, al más moderado plazo de, como mucho, dos años de privación de libertad, indicado por las normativas penales francesa⁷, austríaca⁸ y alemana (manteniendo esta última la alternativa más benigna de multa)⁹, sin olvidar los tres años de reclusión contemplados como límite punitivo superior por el *Codice penale* italiano, junto con una sanción pecuniaria no inferior a tres millones de liras¹⁰.

de hasta 5 años y/o la de multa «de acuerdo con este título»; si bien, para el supuesto de que se haya cometido ya con anterioridad este delito, u otros sexuales graves contra adultos o contra menores, o algún otro de los que se enuncian en el mismo apartado, u otro de producción, tráfico o posesión de «pornografía infantil», la pena de prisión correspondiente oscilará entre los dos y los diez años. En definitiva, este precepto comentado afecta a la posesión de la denominada pornografía *real*. Por otro lado, con una redacción mucho más genérica y extensiva aparece el párrafo siguiente, 2252A, apartados a.5.A y .B, introducido en 1996 y reformado por última vez en 2003, donde se castiga a aquel que a sabiendas *posea* algún libro, revista, periódico, película, cinta de video, CD o *cualquier material que contenga una imagen de pornografía infantil*, así como cuando dicho material, o los elementos con los que éste se haya producido, hayan sido enviados por correo o por barco o transportados en el comercio interior o exterior por cualquier medio, incluso por ordenador. Y a continuación, la subsección b.2 del mismo párrafo impone a «cualquiera que viole, o intente violar o conspire para violar la subsección a.5» la pena de prisión no superior a los diez años y multa, con la posibilidad, para los supuestos habituales de agravación, de aplicar entre diez y veinte años. En cualquier caso, tanto uno como otro precepto limitan de facto la punibilidad de la posesión de pornografía a los supuestos en que el autor detente *al menos tres* de esos documentos o materiales con contenido obsceno: en efecto, a tenor de los subapartados c).1 y d).1 de los citados párrafos 2252 y 2252A, respectivamente, constituirá un motivo de defensa en relación con las infracciones previstas en ellos el hecho de que el acusado «posea menos de tres materiales que contengan alguna representación visual prohibida por tal párrafo» (§ 2252), o bien, «menos de tres imágenes de pornografía infantil» (§ 2252A).

⁷ A este respecto, el art. 227-23 del *Codé penal* menciona desde su reforma por la Ley de 4 de marzo de 2002, n.º 305/2002, también el hecho de *detentar* una imagen o representación de un menor cuando muestren un carácter pornográfico, aplicando a este comportamiento una pena de 30.000 francos de multa y dos años de prisión, inferior en tres años a la que corresponde al tipo básico de *grabación, transmisión, difusión, importación o exportación* de dichas imágenes.

⁸ Según el apartado 3º, inciso 2º, del § 207a del *Strafgesetzbuch* austríaco, relativo a «Representaciones pornográficas de menores» (párrafo introducido en 1994), habrá de castigarse con tal pena al que *se consiga o al que ya posea* una representación pornográfica de un menor de edad, de acuerdo con la definición que de ésta contiene el apartado 4º del mismo § 207a.

⁹ A tenor del § 184.b.IV del *Strafgesetzbuch* germano, se castiga con tal sanción de hasta dos años de prisión o multa a quien *lleve a cabo actos para procurarse la posesión* de documentos pornográficos que reproduzcan un hecho real o con apariencia de realidad, o a quien *posea* dichos documentos. Y en efecto, esta conducta se tipificó ya a través de la Ley 27.^a de revisión o modificación jurídico-penal, de 23 de julio de 1993 (27. *Strafänderungsgesetz, StÄG*). Sin embargo, en un principio se estableció la pena de prisión sólo hasta un año, elevándose más tarde a un bienio en virtud de la Ley de Reforma de los Delitos Sexuales de 27 de diciembre de 2003 (*SexualdelÄndG*).

¹⁰ Así lo prevé su art. 600-*quater*, introducido por la Ley de 3 de agosto de 1998, 269/98, en vigor desde 1 de enero de 1999, para aquel que, «conscientemente *se provea*

II. Una controversia científico-penal: ¿presenta la conducta de simple posesión de pornografía infantil el grado suficiente de ofensividad en relación con el bien jurídico de la indemnidad sexual del menor? Importancia de los objetivos pragmáticos en la represión de dicho consumo y crítica a los mismos

En consonancia con esa mencionada línea político-criminal más comedida, la doctrina penal española formulada ya con respecto a la primera reforma en materia de delitos sexuales en el Código Penal de 1995, correspondiente a 1999, advertía de forma unánime de la impropiedad de incriminar el simple consumo de pornografía infantil, congratulándose acerca de la mayor sensatez demostrada por el legislador patrio frente a las corrientes represivas imperantes a nivel internacional¹¹. Así, destacaban los autores la dificultad de determinar el bien jurídico penal que realmente se estaría protegiendo a través de la sanción de dicho comportamiento. Y en efecto, sigue siendo ésa una duda comprensible en cuanto al vigente art. 189.2 CP, ya que resulta desconcertante afirmar que quien contempla de modo privado las fotografías del menor, tratándose de un acto definitivamente alejado en el tiempo, en el espacio y en la línea de acción de aquel episodio de abuso sexual que haya dado origen al material pornográfico, pueda estar todavía vulnerando la indemnidad sexual de tal menor. Por el contrario, la evidencia de que el hecho del abuso ha llegado a su consumación total, y aquella lesión de la intangibilidad sexual se

o *disponga* de material pornográfico producido por medio de la explotación sexual de menores de dieciocho años».

¹¹ De esta opinión, *vid.* MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.^a ed., Edit. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 374 y 375; TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Edit. Aranzadi, 2002, págs. 110, 111, 158 y 159. Igualmente poco partidarios de una tipificación penal del comportamiento de simple consumo de pornografía infantil se muestran DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Las nuevas corrientes internacionales...», *cit.*, págs. 370 a 373, y ROJO GARCÍA, J.C., «La realidad...», *cit.*, págs. 248 y 249. Asimismo, ya después de la reforma ha expresado su disconformidad con esta regulación MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 321 a 328. Por otra parte, en Alemania han dudado también de la eficacia práctica y de la legitimidad de tal decisión político-criminal LENCKNER, Theodor/PERRON, Walter EISELE, Jörg, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (direct.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, 27.^a ed., München, 2006, págs. 1618 y ss. (1622-1623 y marginal 15). Por el contrario, a favor de la inclusión de dicha modalidad de posesión en el elenco de tipos contra la indemnidad sexual del menor, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en el Prólogo a la 5.^a ed. del Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 18 a 20.

halla plenamente agotada en sus efectos, la tendencia ofensiva concluida, invita a considerar que han de ser otros los bienes jurídicos del menor o, incluso, de posibles distintos titulares, los que quedarán en peligro, o gravemente menoscabados, con ocasión de dicha conducta de posesión¹².

Sin embargo, en el marco de la literatura científico-penal germana se defiende mayoritariamente la presencia de un interés jurídico fundamental en la persecución de tales conductas, que explicaría la presencia desde el año 1993 del comportamiento de simple posesión de pornografía precisamente entre los tipos contra la autodeterminación sexual («*die sexuelle Selbstbestimmung*»): ese interés o valor consiste en la protección del menor de catorce años frente a actuaciones de abuso o maltrato sexual por parte de los adultos. Por consiguiente, en coherencia con la posición sistemática que el §184.b.IV StGB ocupa en el catálogo de infracciones de la Parte Especial del *Strafgesetzbuch*, ha de entenderse que se castiga aquí también por una conexión, aunque sólo muy lejana, con el fundamento general de todo el precepto, que es el de evitar la posibilidad de que los menores sean convertidos en «protagonistas» de tales representaciones pornográficas; y tal propósito se intenta perseguir por medio de una indirecta erradicación» del mercado de pornografía infantil¹³. En efecto, a partir de la argumentación sostenida por tales autores alemanes se infiere con claridad el papel preponderante que en la interpretación de esos tipos y de sus diversos elementos juega la finalidad de

¹² Este es el punto de vista que, por ejemplo, manifiesta MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático...*, cit., pág. 322.

¹³ Por todos, vid. LENCKNER, T./PERRON, W. EISELE, J., *SK-StGB*, cit., pág. 1622, marginales 13 y 15: la razón para incriminar la simple posesión será, junto con otras, la protección indirecta de los potenciales protagonistas de tales filmaciones, tratando de evitarse la creación y el mantenimiento de dicho mercado y, con ello, que aumente la demanda de esta pornografía. Asimismo, sobre ese interés jurídico penal, denominado «*Darstellungsschutz*», por proteger al «representado», «actor» o «protagonista» de la pornografía infantil, así como, detalladamente, sobre la forma en que distintos Ordenamientos occidentales llevan a cabo tal tutela, véase SIEBER, U., «*Mindeststandards...*», cit., págs. 89 y ss. De la misma manera, en *Kinderpornographie, Jugendschutz...*, cit., págs. 58 y 59, entiende este autor que la represión de la pornografía «dura» se fundamenta, desde el punto de vista *jurídico-material*, no sólo por la necesidad de proteger al concreto menor utilizado para la elaboración de las imágenes obscenas, sino también porque ha de prevenirse la realización de *actos semejantes* (pág. 60); lo cual explicaría, en fin, la orientación tan estricta seguida en este ámbito por las legislaciones penales nacionales, entre ellas la alemana, de tal forma que se castiga incluso la simple tentativa de obtener la posesión, o la tenencia de la denominada pornografía ficticia o «virtual», etc.. Críticamente hacia esa fundamentación para el tipo penal de posesión, a juicio de ellos «poco convincente», vid. LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck Verlag, 25.ª ed., München, 2004, pág. 776, marginal 8.

impedir el fomento del abuso sexual de menores. De hecho, dicha importancia puede percibirse, por ejemplo, en el dato de que a través del § 184.b.I StGB se sanciona con idéntica pena la conducta de tráfico de pornografía *real* (elaborada mediante la utilización directa y efectiva de menores), la de pornografía infantil *simulada* (ya sea *artificial*, creada únicamente gracias a medios tecnológicos de manipulación de imágenes, o *técnica*, con la participación de adultos caracterizados como niños), y la de pornografía *virtual* (es decir, la que consiste en imágenes ficticias creadas parcialmente mediante fotografías de menores reales e identificables), con tal de que cualquiera de esas modalidades, como indica dicho precepto, *tenga por contenido el abuso sexual de menores*¹⁴. Y dicha protección por parte de la ley se dirige no sólo hacia aquellos niños en concreto cuyo maltrato sea el objeto del material pornográfico con el que se trafique, sino también «contra los efectos de estímulo y de (posible) emulación que pueda tener una difusión pública, e incluso aquella que se realice en el marco de un grupo cerrado»¹⁵.

De una forma muy semejante habría de concluirse en el ámbito de la regulación penal española, habida cuenta de que los tipos contra la producción y el tráfico de pornografía infantil, incluida la

¹⁴ Sobre la distinción entre todas esas variantes véase, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, cit., págs. 68 a 70. A mi juicio, pues, esta decisión normativa sólo puede explicarse desde la perspectiva de que dichas imágenes *simuladas* o *virtuales*, aunque no impliquen tras ellas la realización efectiva de abuso sexual alguno, puesto que han sido compuestas por ordenador, sin embargo, en la medida en que reflejan una conducta desde el punto de vista externo (de lo que se ve) de abuso sexual, sí que podrían, supuestamente, conllevar un fomento o promoción directa de tales abusos sexuales con menores. De la misma forma, indica el *Oberlandgericht* (Tribunal superior del *land*) de Hamburgo, en su Sentencia de 3 de mayo de 1999, reseñada en el Repertorio de Jurisprudencia penal de la revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ-RR)*, 1999, págs. 329 y 330, que la conducta específica de *posesión* de pornografía infantil no presenta un contenido de injusto o desvalor distinto, inferior, que el que corresponde a la modalidad de «*procurarse la posesión para sí o para un tercero*», previstas ambas en el § 184.b. IV StGB. Igualmente, no se ha establecido gradación o estadio intermedio alguno entre sendas variantes, lo que viene a excluir que una de ellas sea sustancialmente diferente en cuanto a su gravedad que la otra. Y ello se explica, de acuerdo con el Tribunal, porque la razón de la incriminación consiste *en ambos casos* en impedir que se siga produciendo tal material y que, por lo tanto, continúe el maltrato y abuso sexual de menores. Distintos serían, en cambio, los supuestos de posesión de armas o de drogas, como otros objetos prohibidos por el Derecho, en cuyo caso sí que existiría una diversidad cualitativa entre la conducta de mera tenencia y otras relacionadas: *vg.*, entre detentar un arma y manejarla (esto último sería más peligroso), o entre poseer drogas y traficar con ellas (diferente contenido de injusto).

¹⁵ *Vid.* TRÖNDLE, Herbert /FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53.^a ed., C.H.Beck Verlag, München, 2006, págs. 1183 y 1184, marginal 2, aunque con una actitud crítica hacia tal legislación.

variante referida a la posesión para el propio consumo, aparecen insertos en el Título VIII del Libro II del CP, entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Por consiguiente, partiendo del objetivo práctico de eliminar el mercado de este material obsceno, se habría configurado, según estiman la generalidad de los comentaristas españoles, a lo sumo un delito de peligro abstracto para el bien jurídico de la libertad o indemnidad sexual de los menores¹⁶. Sin embargo, como ha indicado algún autor, la mera posesión estática, el simple mantenimiento de tal poder de disposición no sería en realidad lo que directamente fomentaría dicha actividad comercial, sino más bien la demanda, es decir, las conductas dirigidas a procurarse o proporcionarse esa posesión. En la legislación germana, concretamente, junto con el comportamiento de *posesión* se ha tipificado también el de «*procurarse* la posesión» (o asimismo el de proporcionársela a otro): en tal sentido, señalan ciertos autores que casi siempre que el poseedor verdaderamente *fomenta* el mercado de pornografía infantil será porque en realidad está llevando a cabo el comportamiento de «proporcionar la posesión a otro» —a saber, cuando a través de la tenencia de ese material despierte, a su vez, en otra persona el interés por adquirir el producto, por ejemplo porque se lo preste, etc.—. En consecuencia, la duda que se plantea es la siguiente: ¿qué se pretende sancionar mediante esa segunda modalidad de «posesión» a secas? ¿Simplemente la posibilidad de que el consumidor pueda incitar a otra persona a que también utilice semejante material? No obstante, concluye este sector doctrinal, dado que el tipo no exige esta última acción o propósito de difusión para que la tenencia sea punible, es de suponer que el legislador (tanto el alemán como el español) se haya conformado con la posibilidad de que ello ocurra¹⁷. Pero, *contrario sensu*, otras muchas voces, comprensiblemente, abogan por centrar la represión

¹⁶ En particular, lo sitúa en esta categoría CARMONA SALGADO, Concepción, en *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Edit. Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2005, pág. 318, siguiendo a BALDOVA PASAMAR; por su parte, de «*peligro abstracto remoto*» lo considera ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho Penal, Parte Especial*, con VIVES ANTÓN, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 294: por esta vía se intenta disuadir al usuario a fin de que los productores no sigan fabricando y comercializando dicho material.

¹⁷ *Vid.* LENCKNER, T./PERRON, W. EISELE, J., *SK-StGB, cit.*, pág. 1622, marginal 15: cabe que se pretenda asimismo, con el tipo de la mera posesión, castigar al sujeto sólo en aquellas escasas ocasiones en que haya adquirido la tenencia de forma directa, porque haya él mismo fabricado el material; o bien, cuando no se le pueda sancionar por «facilitarse la posesión», ya sea porque tal acto no fue consciente, ocurrió de buena fe, y fue sólo después de adquirir cuando el individuo se percató del contenido ilícito del material, o porque no pueda demostrarse el hecho en sí de la adquisición.

estatal más bien en el colectivo de los traficantes, distribuidores, proveedores, etc.¹⁸.

En cualquier caso, el planteamiento, sobre todo a nivel pragmático, partidario de debilitar el mercado de la pornografía infantil tratando de disuadir de su utilización incluso con sanciones penales, se encuentra ampliamente extendido entre la doctrina y viene siendo alegado con frecuencia para justificar la existencia de éstas¹⁹. Sin embargo, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos ha negado en alguna resolución que resulte aceptable recurrir a argumentos de ese tipo para defender la incriminación del consumo, ya que «el Estado no puede prohibir la simple posesión de material obsceno sobre la base de que...ello es una consecuencia necesaria del plan legal establecido prohibiendo la distribución de dicho material»²⁰. O bien, se ha sostenido en alguna resolución que no cabe prohibir determinadas conductas, en principio protegidas por el principio fundamental de la libertad y autonomía de los ciudadanos, sólo por el hecho de que se asemejen a otras que sí resulten ilícitas, simplemente con objeto de facilitar la lucha contra estas últimas²¹. Por lo tanto, aunque a la hora de justificar el castigo de la mera posesión se aleguen asimismo las dificultades que plantea, en el caso de la tenencia *destinada al tráfico*, la prueba de que el poseedor alberga precisamente dicha intención o de que ya se esté llevando a cabo la distribución, tal obstáculo en cuanto a la persecución de estos delitos no puede

¹⁸ A favor de esa opción se pronuncian, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Las nuevas corrientes...», *cit.*, pág. 373, y MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, pág. 323 («el problema de la pornografía infantil se encuentra en el inicio de la cadena de tráfico y no en el consumidor final...»).

¹⁹ Así, aunque con escaso convencimiento, antes de la reforma de 2003 indicaba TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, *cit.*, pág. 158, que dichas razones *pragmáticas*, basadas en que la posesión de pornografía pueda resultar peligrosa al favorecer futuras posibles victimizaciones de menores, serían probablemente las únicas que lograrían justificar una eventual tipificación de esa conducta. En una crítica negativa, se refiere también a tal criterio como el que en verdad ha conducido al legislador a crear este tipo de mera posesión, CARMONA SALGADO, C., *Derecho Penal Español...*, *cit.*, pág. 318. En cambio, GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo a la 5.^a ed. del Código Penal, *cit.*, pág. 19, lo defiende como motivo legítimo para una necesaria represión penal del comportamiento, equiparando éste y su efecto incentivador para el mercado de pornografía con el caso de la receptación (constitutiva a la sazón de delito), en relación con el tráfico de objetos sustraídos y la actividad criminal de robo.

²⁰ *Vid.* al respecto la Sentencia *Stanley versus Georgia*, de 7 de abril de 1969, en el resumen de la misma o «*Syllabus*», apartado c), así como en su texto completo, redactado por el Juez Ponente, MARSHALL, J., con número de referencia 394 U.S. 557.

²¹ De tal modo se indica en la Sentencia del caso *Ashcroft versus The Free Speech Coalition*, de 16 de abril de 2002, resumida por EMPT, Martin, «*Virtuelle Kinderpornografie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?*», en la revista ZUM 2002, cuadernos 8 y 9, págs. 613 a 620 (619).

llegar «a justificar una lesión del derecho de todo individuo a leer u observar lo que le plazca. Y porque ese derecho es tan fundamental para nuestra idea de libertad individual, no se puede justificar su restricción en base a la necesidad de facilitar la aplicación de otras normas jurídico-criminales que por el contrario sí sean válidas»²².

Además, como otro argumento práctico del legislador al crear el tipo penal de mera posesión, se ha aludido al potencial criminógeno que en sí mismo entrañaría dicho consumo de material pornográfico fabricado con menores, en la medida en que la persona que lo contemple, probablemente al efecto de excitarse sexualmente, podría sentirse empujada a cometer una acción efectiva de abuso o maltrato sobre niños. Bajo tal premisa, se consideraría entonces necesario reprimir la práctica sexual consistente en visualizar dichas específicas imágenes obscenas o, dando un paso más, incluso directamente erradicar el propio trastorno o desviación psico-sexual de quienes hallan una satisfacción erótica en esa contemplación²³. A este respecto, situándonos en el nuevo espacio mediático de Internet, sucede que la posibilidad de acceder con notable libertad, seguridad y rapidez a tal producto, así como la de comunicarse y relacionarse con otras personas que comparten el mismo interés y hábito, si bien no tiene por qué conducir necesariamente a la perpetración de esos delitos de abuso (no está demostrado), sí que suscita en los consumidores un sentimiento de comunidad, de identidad como grupo, que refuerza o confirma su distorsión cognitiva en relación con la sexualidad de los menores: es decir, su idea patológica de que éstos son perfectamente capaces de tener ese tipo de sensaciones y de ejercer con libertad y autonomía su actividad sexual, como si fueran personas ya maduras, desarrolladas, adultas, siendo entonces tal tendencia pedófila únicamente otra opción sexual más, natural, sólo *diferente* a las habituales y por ello incomprendida²⁴.

²² Véase el extracto de la Sentencia *Stanley v. Georgia* recogido a su vez por EMPT, M., «*Virtuelle Kinderpornografie...*», *cit.*, pág. 619.

²³ Sobre este posible —aunque criticable— objetivo práctico se pronunciaba, con carácter previo a la reforma de 2003, TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, *cit.*, pág. 158, así como, más recientemente, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 322 y 323.

²⁴ Acerca de esta evolución sociológica, *vid.* ROJO GARCÍA, J.C., «*La realidad...*», *cit.*, págs. 241 a 243; así como TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, *cit.*, págs. 158 y 159: en opinión de este último, *a priori* tal sería el argumento más serio a la hora de justificar la tipificación de la posesión de pornografía infantil, ya que al afianzarse dicho trastorno cognitivo se podría estar coadyuvando indirectamente a que en el futuro se produjeran nuevos episodios de abusos sexuales de menores. En torno a semejante efecto de este material sobre las concepciones erróneas de los pedófilos, que al pa-

III. Búsqueda de una opción alternativa que legitime la sanción penal de la simple posesión: ¿pueden tenerse en cuenta otros bienes jurídicos del menor que resulten afectados, como la dignidad o el derecho a la intimidad o a la propia imagen?

En cualquier caso, por muy reprochable y socialmente perniciosa que pueda parecer a la inmensa mayoría de los ciudadanos la condición sexual anormal del pedófilo, así como el propio comportamiento de intercambio de fotografías en la Red, sin embargo, desde un enfoque estrictamente de técnica jurídico-penal debe analizarse hasta qué punto las disposiciones del texto punitivo constituyen el instrumento más adecuado y legítimo para contrarrestar esas tendencias. Y tal pregunta parece necesaria, en especial teniendo en cuenta que no está ni mucho menos probada una relación efectiva entre el comportamiento de consumo o de intercambio de semejante material y el tránsito a la comisión de actos penalmente relevantes de abuso sexual de menores²⁵. Al contrario, de acuerdo con las opiniones científicas sobre la materia, la mayor parte de quienes padecen la alteración no llegan a traspasar el terreno de la fantasía, conformándose con vivir esa expresión «enfermiza» de la sexualidad de modo individual y privado²⁶. En definitiva, la mera acción de poseer y contemplar foto-

recer sí se habría demostrado empíricamente, véase la Sentencia del caso *Regina versus Sharpe*, de 26 de noviembre de 1998, de la Corte Suprema de Columbia Británica (*British Columbia*), una de las principales regiones del Estado de Canadá; en especial, su FJ. 13.

²⁵ De acuerdo con TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *ibidem*, pág. 158, sancionar penalmente la posesión de pornografía infantil implicaría castigar no una provocación directa al abuso, sino sólo «una incitación a una desviación sexual que *puede* llegar a provocar un atentado contra un bien jurídico», lo cual supondría, a su entender, «un desmedido e insólito avance de la barrera de protección». Por otro lado, en el contexto de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema americana, en concreto en la Sentencia ya citada de *Stanley versus Georgia*, de 7 de abril de 1969, puede leerse, sobre la posibilidad de que el consumo de pornografía incite a un *comportamiento sexual desviado o a delitos de violencia sexual*, el siguiente comentario: «parece haber poca base empírica para tal afirmación. Dado el actual estado de conocimiento, el Estado no debería prohibir la simple posesión de material obsceno sobre la base de que ello puede conducir a una conducta antisocial más de lo que habría de prohibir la posesión de libros de química bajo el argumento de que podrían llevar a una persona a producir bebidas alcohólicas en su propia casa.»

²⁶ Comparten tal planteamiento MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, cit., págs. 323 a 325, y ROJO GARCÍA, J.C., «*La realidad...*», cit., págs. 240 y 241, reconociendo este último que ése es uno de los más polémicos debates en los foros internacionales, administraciones de policía y grupos de investigación criminológica a propósito del problema de la pornografía infantil. En tal sentido, tanto las opiniones de los prácticos como las de los teóricos en la materia coinciden en que la mayoría de los

grafías, imágenes animadas, etc., aunque ética y culturalmente abominable, carece por sí misma de lesividad alguna en relación con el bien jurídico de la indemnidad sexual de los menores, tanto de los que en su día fueron forzados a intervenir en la elaboración de dicho material como de aquellos que, en el futuro, pudieran ser objeto del mismo maltrato²⁷.

Todas las reflexiones anteriores, compartidas por la mayoría de la doctrina jurídico-penal y criminológica española, nos permiten adoptar diferentes opciones interpretativas: por una parte, podría tratar de identificarse otros bienes jurídicos, ya sean personales y titularidad de los mismos menores, ya sean colectivos y del conjunto de la sociedad, como los auténticamente tutelados en los tipos de tráfico y posesión de pornografía infantil, más allá del concepto de libertad o indemnidad sexual del menor, y en la medida en que dicho valor ya resulta de todos modos inmediatamente preservado gracias a los tipos de abusos y agresiones sexuales. O bien, por otro lado, sería igualmente factible defender la intrascendencia penal de dicha conducta de posesión en favor de la protección de otros intereses y principios fundamentales del Ordenamiento constitucional. En cuan-

consumidores de tal producto no llegan a concretar realmente sus fantasías. Por otro lado, en el FJ. 21 de la citada Sentencia *Regina versus Sharpe*, de la Corte Suprema de *British Columbia*, se indica la falta de evidencia científica acerca de una eventual conexión entre la mencionada «distorsión cognitiva» de los pederastas, posiblemente acentuada o reafirmada por el consumo de dicha pornografía infantil, y un incremento proporcional significativo en el peligro que dichos pedófilos representen para los niños: así, como prueba algún estudio, la persona que sea propensa a poner en práctica sus fantasías probablemente lo hará, con independencia de que se exponga o no a dicha pornografía.

²⁷ Con este tenor, *vid.* TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, *cit.*, pág. 158. También DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «*Las nuevas corrientes...*», *cit.*, págs. 372 y 373, quien considera que sancionar y aplicar medidas penales contra el pederasta por el mero hecho de serlo y al margen de las acciones concretas cometidas constituye un ejemplo más de Derecho Penal simbólico, implica un elevado riesgo de criminalización de aquél, lesiona principios básicos generalmente aceptados como límites de toda la política penal y, además, no está claro que resulte una medida eficaz. En un sentido muy parecido, señala MORALES GARCÍA, Oscar, «*Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*», en *Delincuencia informática, Problemas de responsabilidad*, VVAA. (dirig. por el mismo), Cuadernos de Derecho Judicial, edit. por el Consejo General del Poder Judicial, n.º IX, Madrid, 2002, págs. 181 a 239 (189 y 190), que la percepción de la informática y de Internet como una fuente de enormes peligros ha ocasionado en los países desarrollados una tendencia expansiva en la utilización del Derecho Penal también en este ámbito de posibles actuaciones criminales. Y fruto de esa orientación resulta en concreto la extensión de la relevancia penal en cuanto a la pornografía infantil «hasta estadios previos completamente alejados de la libertad sexual y próximos a concepciones preñadas de carga moral sobre las tendencias sexuales», como sucede en relación con la tipificación de la posesión para el consumo personal.

to al primero de esos hipotéticos puntos de vista, conviene tener en cuenta la opinión expresada por cierto sector de la doctrina española, si bien sólo en relación con el comportamiento de *difusión* de esas imágenes, representaciones audiovisuales, etc. (art. 189.1. letra b), en el sentido de que, con independencia de la intangibilidad sexual del menor, todavía sería posible discernir otros bienes jurídicos personales de éste, por ejemplo sus derechos fundamentales a la dignidad, integridad moral e intimidad, a la propia imagen y al libre desarrollo de su personalidad, como intereses vulnerados a través de dichos actos de tráfico. Así, se indica, en el momento en que se distribuyen los documentos pornográficos, aunque se ha consumado formalmente ya el delito contra la indemnidad sexual del menor (o en su caso, también contra la intimidad) por lo que respecta a la producción del material, aún no se ha agotado la línea de acción peligrosa, de tal manera que podrían seguir apareciendo efectos contrarios al Ordenamiento jurídico²⁸.

En la misma línea, se ha llegado incluso a proponer un sistema de concurso de normas o de delitos, según los casos, entre esos tipos de elaboración y tráfico de pornografía infantil del art. 189.1 CP, letras a) y b), por un lado, y por el otro, los delitos contra el derecho a la intimidad y la propia imagen de los arts. 197.1 (utilización de artificios técnicos de transmisión, grabación o reproducción de la imagen con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento ≈ elaboración), 197.3 (difundir, revelar o ceder a terceros datos, hechos descubiertos o imágenes captadas de aquella forma oculta o subrepticia, con conocimiento de su origen ilícito,

²⁸ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, cit., págs. 157 y 158. A este respecto, puede traerse a colación el caso de la reciente desarticulación en España de una red de pornografía, gracias a la denuncia presentada por una joven que, en su día, contando tan solo 13 años de edad (en el momento de la denuncia ya tenía 17), había realizado *ella misma* varias fotografías de su cuerpo desnudo con una cámara digital para enviárselas por Internet a un amigo, que así se lo había pedido; al cabo del tiempo, tuvo conocimiento de que estaban siendo distribuidas a otras personas en la Red. En una hipótesis tal, entonces, resulta evidente que no se ha producido un atentado directo contra la indemnidad sexual del menor, en la medida en que la obtención de las fotografías no ha tenido lugar a través de acto alguno de abuso o agresión sexual por parte de terceros. De hecho, ese comportamiento deliberado consistente en autofotografiarse y enviar las imágenes a una persona conocida, podría asimilarse, a mi juicio, al de aquellas parejas jóvenes que, siendo aún menores de edad, mantienen relaciones sexuales «libres» o no forzadas por ninguna de ambas partes (ausencia de engaño o de prevalimiento). En definitiva, la posterior *difusión* «no autorizada» de dichas instantáneas habría de ser considerada exclusivamente como una lesión del derecho fundamental a la intimidad y al control de la propia imagen de la menor afectada. Sobre ello, *vid.* por ejemplo la edición *on line* del periódico *Ideal* de Granada de 6 de julio de 2006 (www.ideal.es).

pero sin haber tomado parte en su descubrimiento ≈ tráfico)²⁹, y 197.5 CP (agravación para el supuesto de que el sujeto pasivo sea menor de edad). Así, se indica, cuando, en el ejemplo concreto, el material pornográfico haya sido producido precisamente de forma clandestina y por medio de artificios técnicos, de tal manera que el menor no haya percibido la intromisión en su esfera de privacidad, al tipo penal de pornografía infantil, propiamente dicho, habrá que añadir, en concurso de delitos, la infracción específica contra su intimidad; ello siempre y cuando, desde luego, pueda entenderse que tales imágenes «robadas» revisten un contenido específicamente sexual o van a ser empleadas *ex profeso* para la producción de material pornográfico³⁰. En definitiva, de acuerdo con este planteamiento, el castigo de las conductas de producción o tráfico de imágenes obscenas como expresamente lesivas del derecho a la intimidad o a la propia imagen del menor exige que las mismas presenten ese plus de «insidiosidad» que supone el que las fotografías, videos, etc., se hayan obtenido a través de una observación y grabación clandestina u oculta, no consentida, del menor víctima.

A mi juicio, no obstante, es preciso tener en cuenta la especial condición jurídica de éste, es decir, su incapacidad esencial para consentir válidamente en lo concerniente a la intervención por parte de terceros en su esfera de privacidad y en el marco de sus derechos fundamentales. De hecho, de acuerdo con el art. 4.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, de 15 de enero, se estima como intromisión ilegítima toda utilización de la imagen de éste contraria a sus intereses, aun habiendo recaído consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha actuación³¹. Por consiguiente, la conducta de distribución o comercialización de material pornográfico elaborado con imágenes de menores habrá de ser reputada como lesiva del derecho fundamental a la intimidad del niño o joven afectado; y ello, por más que dicho comportamiento no siempre llegue a integrar

²⁹ Acerca de tal delito de difusión de información privada, *vid.*, de forma mucho más amplia, GÓMEZ NAVAJAS, Justa, *La protección de los datos personales*, Edit. Civitas, Madrid, 2005.

³⁰ *Vid.* MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.ª ed., Edit. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 356 a 359.

³¹ Así, de acuerdo con dicho precepto, «*se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*». A este respecto, parece que también Internet debe considerarse como un «medio de comunicación» a los efectos de semejante prohibición.

exactamente los tipos previstos en el art. 197 CP, en la medida en que no se hayan utilizados los mencionados artificios técnicos³². De esta manera, podríamos concluir que las modalidades delictivas de tráfico y elaboración de material pornográfico del art. 189.1 CP van a suponer en todo caso —y cuando se trate de la difusión, incluso *principalmente*—, un atentado contra el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor³³.

A continuación, pues, cabe plantearse hasta qué punto sería correcto trasladar tales parámetros al ámbito de la mera posesión, entendiendo que quien simplemente adquiere tal información para su disfrute o desahogo personal estaría prolongando aquel ataque contra la dignidad y la privacidad de las víctimas inicialmente causado por la grabación y la publicidad de las imágenes³⁴. A este respecto, corresponde recordar que entre los señalados delitos contra la intimidad comprendidos en el art. 197 CP no se incluye referencia alguna a la hipótesis de posesión de esos datos ilegítimamente obtenidos, sino únicamente a los supuestos de captación o de difusión de los mismos. Por lo tanto, la tenencia de dicha información clandestina sin haber tomado previamente parte en su obtención no constituye una conducta típica relevante a los efectos del art. 197 CP. Tal circunstancia,

³² Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en el ya mencionado caso de la joven que se fotografió a sí misma desnuda, habiéndose obtenido en tal supuesto las imágenes obscenas, evidentemente, sin que tuviera lugar una alteración de su intimidad personal y sin el uso de artificios técnicos, lo cual no resulta obstáculo, en cambio, para que la distribución posterior de aquéllas sí constituya un delito contra dicho bien jurídico (véase nota 28).

³³ Y de cualquier forma, me pregunto, si en tales tipos contra la intimidad del menor y de pornografía infantil no tiene trascendencia el consentimiento de éste, dado que no dispone aún de tal capacidad jurídica, ¿cómo puede tener en cambio importancia, hasta el punto de que la conducta de elaboración o tráfico de pornografía que de sensiblemente agravada, incrementada en su contenido de desvalor, y convertida en un delito distinto, contra la intimidad, el hecho de que el menor *no haya percibido* que es objeto de grabación o filmación? Es decir, entiendo, si esa circunstancia es relevante en el caso de adultos, es porque éstos pueden en un momento dado consentir, autorizar dicha «intromisión», con lo que la misma podría dejar de ser ilegítima. Sin embargo, ¿qué valor puede tener el hecho de que el menor advierta o no dicha intromisión, si en ningún caso podría llegar a consentirla válidamente, privando así de antijuricidad o incluso de tipicidad la conducta? En consecuencia, me parece que todos los supuestos de grabación de niños deberían tener, *a priori*, idéntico contenido de injusto, tanto los que hayan sido conocidos por dichas víctimas como los que no.

³⁴ De esa opinión, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., en el Prólogo a la 5.ª ed. del Código Penal, *cit.*, pág. 19: el adquirente que contempla una y otra vez las imágenes pornográficas *perpetúa* «el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente», por lo que sin duda corresponde sancionar penalmente la conducta. Por el contrario, a juicio de TAMARIT SUMALLA, J.M.ª, *La protección penal...*, *cit.*, págs. 111 y 158, la mera tenencia de pornografía infantil carece de toda ofensividad o lesividad.

sin duda, induce a adoptar una solución despenalizadora similar en lo que concierne a los delitos de pornografía infantil. No obstante, no conviene dejarse influenciar demasiado por este dato, habida cuenta que, como se ha señalado *supra*, en principio toda utilización de imágenes del menor pernicioso para sus intereses integraría una invasión ilícita en su ámbito de privacidad. Sin embargo, personalmente pienso que son extensibles a este ámbito, relativo al bien jurídico «intimidad», las mismas razones que en su momento se esgrimieron para la destipificación de la conducta de posesión desde su posible carga de lesividad contra el bien de la indemnidad sexual de los niños: a saber, su excesivo alejamiento material y temporal respecto de la acción directamente ofensiva —la captación y elaboración de las imágenes junto con su difusión—, y, por lo tanto, su falta de peligrosidad suficiente para constituir un comportamiento con relevancia típica³⁵.

IV. Toma de postura, favorable a la destipificación de la simple posesión de pornografía infantil

1. Supremacía de los derechos personales del consumidor (libertad de conciencia, derecho a la «privacy»), en una eventual ponderación con los intereses supraindividuales que pudieran entenderse directamente afectados por la conducta de posesión (moral social colectiva).

Descartadas otras opciones, procedería considerar seguidamente la alternativa ya citada de la *despenalización*. A ese respecto, tomando conciencia de la inocuidad y la ausencia de ofensividad que objetivamente presenta la actitud de contemplación privada de pornografía, sería posible sostener que, en una ponderación entre los derechos fundamentales del consumidor, por un lado, y los intereses de la mayoría social, por el otro, aquéllos llegaran a merecer primacía sobre éstos, una vez descartado que sigan en juego bienes jurídicos individuales de los propios menores. En verdad, podría entenderse

³⁵ Así lo entiende, como se ha indicado en algún momento anterior, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, pág. 322, tanto en relación con el bien jurídico de la libertad/indemnidad sexual como en cuanto a los de la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad del menor, puesto que todos ellos han sido ya lesionados por medio de las conductas que preceden a la posesión en la cadena del tráfico de pornografía.

que, consumado el delito originario de abuso sexual, terminada la acción peligrosa desde el punto de vista estricto de la intangibilidad sexual del menor y, en definitiva, agotadas las distintas etapas del curso lesivo (abuso sexual, fabricación del material, distribución y comercialización del mismo), ya la mera conducta de posesión de la pornografía no implica *per se* más efectos perjudiciales para ese concreto bien³⁶. Y a partir de tal premisa, cabría la posibilidad de que fueran preferentemente otros valores sociales y supraindividuales, como quizás «la moral sexual colectiva», o la sensibilidad ética mayoritaria, los que resultarían ofendidos de forma *directa* por similar comportamiento, al ser éste objetivamente impúdico, indecente o desviado³⁷. En esa línea argumental, por consiguiente, a mi juicio podría concederse prioridad al criterio de la libertad de conciencia y de expresión de los ciudadanos —materializada aquí en la actitud del pe-

³⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, *cit.*, págs. 157 y 158.

³⁷ A este respecto, *vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 317 y 318, 322 y 323, señalando que tal planteamiento se contradice irremediablemente con los valores del Estado social y democrático de Derecho, fundado en el principio de libertad de los individuos. Asimismo, indica MORALES PRATS, Fermín, «*El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*», en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, VVAA (coord. por el mismo y MORALES GARCÍA, Oscar), Edit. Aranzadi, Elcano, 2002, págs. 95 a 118 (113), si bien antes de que el legislador español introdujera este tipo de simple posesión, que, de seguirse dicha línea político-criminal (de «neointegrismo punitivo») tendente a la incriminación de la mera tenencia, o bien incluso de la pornografía *virtual*, etc., en realidad el Derecho penal pasaría a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, ya que tales conductas difícilmente alcanzarían ni siquiera el grado de incitación directa a la pedofilia. Sobre el mismo tema, véase Díez RIPOLLÉS, José Luis, en *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del Derecho penal sexual*, Edit. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 38, 44 y 45, de acuerdo con el cual, si se analizan las tesis tradicionales favorables a la prohibición de la pornografía «blanda» por considerarla nociva, dicho planteamiento presupone claramente que ésta viene a atentar contra un bien jurídico de naturaleza *social*, contra lo que se denomina «sentimiento social normativizado», es decir, contra las pautas de conducta sociales aceptadas generalmente como adecuadas. De esa manera, se defiende la represión del acceso a la pornografía a fin de evitar «la difusión de las malas costumbres», o la decadencia moral o la corrupción social (así, señala Díez RIPOLLÉS, la *ratio legis* de la norma revela el interés jurídico que ésta pretende proteger). De la misma forma comenta CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1991, págs. 249 y 250, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la intervención estatal dirigida al control de la pornografía ha de orientarse conforme a «la sensibilidad moral del espectador medio», es decir, con la moral social colectiva. Y en efecto, dicha doctrina judicial manifiesta que el legislador podrá establecer límites para preservar la *moral pública* o general (de igual manera lo indican el Convenio de Roma de 1950 o el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, a los que se debe recurrir, según el art. 10.2 de la CE, a la hora de interpretar los derechos fundamentales y su contenido esencial), partiendo, en todo caso, para la defini-

dófilo que busca su satisfacción sexual individual en la contemplación de las fotografías—, aun debiendo sacrificar para ello el bienestar que una mayoría de personas hallaría en la represión incondicional de tales tendencias³⁸.

De hecho, este planteamiento, si bien puede parecer *a priori* descabellado³⁹, ha sido sostenido en su estructura esencial, amén de por ciertas corrientes doctrinales de los últimos tiempos⁴⁰, también y es-

ción de dicha moral, de los principios y valores constitucionales. En definitiva, es indudable que tal finalidad preside aún hoy la determinación sancionadora del legislador en relación con la conducta de simple posesión de pornografía «dura», dotada de un grado de lesividad ya tan reducido en cuanto a bienes jurídicos de carácter *individual*.

³⁸ No obstante, es evidente que puede existir una contradicción esencial entre las manifestaciones de carácter pornográfico, como materializaciones de esa libertad de expresión, y el límite fundamental a ésta consistente en la protección de la infancia y la juventud, establecido por la propia Constitución, art. 20.4 -límite que puede quedar fijado también a través de disposiciones penales, *vg.*, los tipos que prohíben la provocación sexual, o el tráfico de dicha pornografía cuando se estime incompatible con la tutela de los menores, ya sea porque éstos se conviertan en destinatarios de la misma, o porque se les utilice para la elaboración de semejante material, lesionándose así sus derechos a la propia imagen, dignidad, indemnidad sexual, etc.-. En torno a este aspecto, *vid.* CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión...*, *cit.*, págs. 249 y 250.

³⁹ A dicha posibilidad de aplicar las libertades constitucionales de expresión y conciencia, en sentido contrario a lo señalado en la nota anterior, como límites a la represión penal de la posesión de pornografía infantil (a saber, para los casos en que esta represión perjudique el contenido esencial de esas libertades en la persona del consumidor del material obsceno) se refiere, mencionando varios supuestos de la jurisprudencia americana y canadiense también comentados en el presente trabajo, SIEBER, U., «*Mindeststandards...*», *cit.*, págs. 92 y 98.

⁴⁰ Así, puede consultarse la mención que DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía...*, *cit.*, págs. 82 a 87, realizara en torno a ciertos autores «modernos» que, a la vista de las investigaciones criminológicas disponibles en esa época (1982) y de la imposibilidad, revelada por éstas, de *demonstrar* una efectiva *nocividad social intensa* de la pornografía «blanda» sobre consumidores adultos (aunque tampoco pudiera probarse la absoluta inocuidad de la misma), se inclinaban por efectuar una ponderación de intereses en la discusión acerca de su penalización. (A esa misma incertidumbre acerca del efectivo carácter pernicioso de la pornografía, así como a la consiguiente diversidad de opiniones doctrinales sobre su necesaria represión penal se refirió el Congreso sobre «Pornografía y Sociedad» celebrado en la región de Baden, Alemania, a finales de los años 60, recogido en sus contenidos por BOHME, Wolfgang, *Verbot der Pornographie?*, Radius-Verlag, Stuttgart, 1968, obra ésta cuya reseñación corresponde, a su vez, a CARMONA SALGADO, Concepción, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, n.º de mayo-agosto de 1977, págs. 497 a 503.) A saber, puestos en relación, por un lado, *la libertad de cada ciudadano a leer o considerar lo que quiera*, y por el otro, *la estima que merezcan los bienes jurídicos que van a ser o que podrían ser lesionados o puestos en peligro* debido a la difusión de ese material (por ejemplo, el derecho del menor a un desarrollo incólumne de su dimensión sexual), habría que determinar en qué casos específicos procedería reprimir dichos contenidos y en

pecialmente por varias Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por ejemplo, con motivo de la causa *Stanley versus Georgia*, de 7 de abril de 1969, dicho Tribunal consideró que la simple posesión de material obsceno nunca puede ser punible, ya que tal opción político-criminal implicaría un inadmisibles control del pensamiento por parte del Estado, irreconciliable con el principio constitucional de la libertad de expresión. En ese sentido manifestó la Corte -si bien a propósito del consumo de pornografía «blanda» o de adultos- que «la Constitución protege el derecho a recibir información e ideas, con independencia de su valor social, y a ser en general libre de intrusiones por parte de los gobernantes en la esfera privada de cada uno, y libre del control de los propios pensamientos»⁴¹. De acuerdo con esa jurisprudencia, pues, aunque resulte plausible el interés gubernamental en regular el uso de la pornografía, la afirmación de dicho valor colectivo no puede ser aislada, en cualquier contexto del que se trate, de todos los intereses constitucionalmente protegidos, ya que, se dice, también es fundamental el derecho a ser libre, excepto en circunstancias muy restringidas, de intrusiones no deseadas por parte de las autoridades en la esfera de privacidad personal. Así, la mera caracterización de esas películas como «obscenas»

cuáles otros debería primar *el derecho a la libre y voluntaria excitación sexual de la persona adulta*. Y a partir de este juicio, buscando una solución intermedia que respetara la libertad del individuo, aunque no lograra garantizar una *total* protección de la juventud, los sectores de opinión más liberales afirmaban que únicamente debían excluirse de dicho marco de permisibilidad, junto con el supuesto de la pornografía «dura», también los de confrontación no deseada o forzada con el material obsceno (delito de provocación sexual) y los de salvaguarda del bienestar de los menores. Por el contrario, otros autores más próximos a concepciones tradicionales habrían defendido que dicha ponderación de valores arrojará el resultado contrario, de tal modo que la libertad del adulto debería ceder ante el *mero riesgo* de que se causaran perjuicios al resto de los ciudadanos, especialmente a los más jóvenes (*vid.* igualmente págs. 39 a 44), habida cuenta de que, en última instancia, una prohibición tal sólo habría de limitar *en un ámbito muy reducido* el derecho del individuo a *elegir sus lecturas y entretenimientos*. Punto de vista éste más restrictivo que desde luego reconocía, en todo caso, la imposibilidad de probar o de excluir que el acceso a la pornografía «blanda» conllevara consecuencias psicológicamente negativas. Sin embargo, en cuanto a la pornografía «dura», los mismos estudios criminológicos apreciaban en ella un índice mucho más evidente de peligrosidad e incitación al delito, si bien se admitía que tal factor tampoco estaba demostrado. De cualquier forma, entiendo, si la base de unas u otras conclusiones resulta ser la falta efectiva de pruebas fidedignas en torno a los efectos perjudiciales de la pornografía (y, de hecho, destaca la diversidad existente entre las posturas doctrinales cuando se trata de interpretar tales resultados criminológicos, *vid.* Díez RIPOLLÉS, J.L., *ibídem*, pág. 38), se me antoja que siempre cabría efectuar una valoración de signo opuesto a la que en esa época parecía ser mayoritaria, favorable, por lo tanto, a la libertad del consumidor aquejado de pedofilia.

⁴¹ *Vid.* Sentencia *Stanley versus Georgia*, «Syllabus», apartado b).

no sería una justificación suficiente para una invasión tan drástica en la libertad individual de opinión y de expresión. En definitiva, sostiene la Corte Suprema, «si tal derecho constitucional significa algo, es que no es asunto del Estado decirle a una persona, sentada sola en su propia casa, qué libros debe leer o qué películas debe ver. Toda nuestra herencia constitucional se rebela ante la idea de darle al gobierno el poder de controlar las mentes humanas... Este argumento malinterpreta qué es lo que realmente protege la Constitución: la garantía que ésta ofrece no se limita sólo a la expresión de ideas convencionales o compartidas por la mayoría». Por consiguiente, aunque teóricamente se baraje la posibilidad de que dichos materiales obscenos induzcan a la comisión de delitos contra la libertad sexual, entiende la Corte Suprema que «en el contexto del consumo privado de ideas e información» y «entre hombres libres, los elementos disuasorios que por regla general deberán aplicarse para prevenir el delito serán la educación y la sanción de las infracciones de la ley»⁴².

A su vez, en el marco de otra decisión judicial mucho más reciente, como sería la del caso *Ashcroft versus The Free Speech Coalition*, de 16 de abril de 2002, ha estimado el Tribunal supremo americano, aunque para un supuesto de posesión de pornografía infantil *virtual*, que «el mero hecho de que una obra o material tienda a estimular a la comisión de delitos no puede ser nunca razón suficiente para justificar su prohibición: esto sería una pretensión de «controlar el pensamiento» por parte del Estado, lo cual resulta incompatible con la protección constitucional de la libertad de opinión y de expresión... Si resulta que una manifestación de opinión presenta una tendencia general a estimular al delito, el punto de partida para la regulación por parte del Estado, de acuerdo con la interpretación constitucional americana, será únicamente el propio comportamiento prohibido, pero no esa comunicación previa». En definitiva, la Corte tan sólo admite una excepción a dicha regla general: a saber,

⁴² Del mismo parecer, según recoge CARMONA SALGADO, C., en su recensión del Libro de BOHME, *Verbot der Pornographie?*, ADPCP 1976, cit., págs. 501 y 502, habría sido cierto juez del Tribunal Constitucional alemán, el Dr. Zeidler, sobre los límites que el Estado deberá respetar a la hora de intervenir *de forma legítima* en el ámbito más íntimo y privado de la persona, incluido en su marco de libertad, como sucede en relación con la prohibición penal de la pornografía («blanda»). Por consiguiente, la protección que la misma Constitución dispensa a esa esfera, intocable por parte de los poderes públicos, implica que dichas intervenciones únicamente resulten jurídicamente admisibles cuando la actividad que se pretenda reprimir desarrolle un efecto negativo más allá de dicho ámbito exclusivamente individual. De ahí que el Dr. Zeidler se atreviera a aventurar una posible reforma en el futuro del precepto penal dedicado a la difusión de la pornografía, teniendo en cuenta precisamente la defensa de la libertad del ciudadano.

podría sancionarse penalmente el consumo de este o de otro material que reflejara una conducta antijurídica (en nuestro ejemplo, los abusos sexuales de menores), cuando el mismo se hubiera elaborado «con la intención o propósito inmediato de incitar a una vulneración directamente inminente de la norma, siendo además tal vulneración, de acuerdo con las circunstancias del caso, probable». Sin embargo, reconoce el Tribunal, en el caso de los productores de pornografía (virtual) ese propósito consistirá, como mucho, en un simple dolo eventual, por lo que tampoco este argumento justifica dicha prohibición⁴³. Semejante postulado puede ser trasladado al ámbito de la pornografía infantil *real*, habida cuenta que no podrá demostrarse a ciencia cierta que la finalidad fundamental de los fabricantes y difusores de este producto se dirija a la provocación de delitos de maltrato sexual a menores.

No obstante, corresponde reconocer que dicha jurisprudencia ha sido emitida en relación con la tenencia de pornografía virtual, por lo que sus conclusiones habrían de ser, en principio, matizadas en cuanto a la hipótesis diversa de que el material poseído contuviera pornografía *real*, es decir, elaborada de forma auténtica mediante la intervención de menores de edad realizando conductas sexuales más o menos explícitas⁴⁴. Sin embargo, en este sentido ha de considerarse

⁴³ *Vid.*, resumiendo dicho fallo, EMPT, M., «*Virtuelle Kinderpornografie...*», *cit.*, pág. 619.

⁴⁴ De hecho, por medio de tal Sentencia *Ashcroft versus The Free Speech Coalition* se declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos penales del *United States Code* en materia de tráfico y posesión de pornografía infantil, introducidos por la Ley de Protección contra la Pornografía Infantil de 1996 (CPPA). De acuerdo con dichos apartados se castigaba la *posesión* de pornografía *virtual*, es decir, aquella que *diera la impresión* de o que *pareciera reflejar o contener* una conducta sexual explícita en la que tomara parte un menor de edad, con independencia de que fuera ése efectivamente el caso o no. A este respecto, la Corte Suprema tuvo en cuenta, en primer lugar, la circunstancia de que una incriminación incondicional de la pornografía infantil se distanciaría de la que es su jurisprudencia constante y asentada, en el sentido de que no todo documento supuestamente pornográfico habrá de considerarse como tal, sino que éste deberá satisfacer una serie de características a fin de poder ser catalogado como «*obsceno*», y, en consecuencia, como *pornografía*. Esta línea interpretativa, conocida como el «*Test Miller*» (a la sazón, una definición formulada por el Tribunal en la Sentencia *Miller versus California*, de 1973, acerca de en qué consiste dicho carácter «obsceno»), ha sido ampliamente asimilada y empleada por nuestro Tribunal Supremo a los mismos efectos distintivos. Por otro lado, se indica en la Sentencia *Ashcroft...*, la única razón que, frente a la libertad de cada uno de hacer uso privado del material que quiera, justifica el castigo penal del tráfico de pornografía infantil es la *relación directa o necesaria que dicha pornografía manifiesta con el hecho penal del abuso sexual del menor*, preciso para su producción. Y este dato, que sí se cumple en la pornografía real, no concurre en la pornografía *virtual*. En definitiva, señala la Corte Suprema, el hecho de que una obra resulte sexualmente explícita y sea percibida por

la notable similitud existente entre los motivos mencionados, por un lado, a favor de que se incriminen, o por el otro, a favor de que se destipifiquen tanto una como la otra conducta. Así, habiéndose alegado en relación con la producción de pornografía virtual que ésta se encuentra excesivamente alejada de la acción originariamente lesiva para el bien jurídico «indemnidad sexual del menor» (es decir, la de abuso sexual), lo mismo podría decirse respecto de la simple posesión de pornografía real, pues también en este caso ha de negarse toda ofensividad del comportamiento en lo tocante a dicho interés concreto. Y por otro lado, si en favor de sancionar penalmente el comercio con aquellas imágenes ficticias se ha alegado la reiteración, la persistencia que las mismas suponen en cuanto al ataque contra la intimidad y la dignidad del menor que ya lleva implícito el acto del abuso sexual, un enfoque similar podría sostenerse en lo concerniente a la posesión de la pornografía «auténtica». De igual modo ocurrirá en cuanto al frecuentemente esgrimido punto de vista de que castigando esas conductas se desincentiva o dificulta la futura comisión de abusos sexuales a niños y se reprimen las tendencias pederastas. Por consiguiente, sensu contrario, también resultará criticable la idea de su respectiva tipificación penal apelando al principio de la libertad de expresión y de opinión como garantías constitucionales en beneficio de todo ciudadano, especialmente por lo que se refiere al marco de privacidad de éste y de sus derechos personales. De esa manera, será posible extender tanto a un supuesto como a otro las conclusiones obtenidas por órganos judiciales extranjeros a propósito de la interpretación jurídico-penal de cualquiera de ambas hipótesis.

En todo caso, existe también un precedente de la orientación despenalizadora de la simple posesión en el sistema judicial canadiense, en concreto en el marco de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Superior de la región o provincia de Columbia Británica (*British Co-*

muchos como escandalosa u ofensiva nunca justifica por sí mismo su prohibición, si no entra dentro del mencionado concepto jurisprudencial de lo que sea «obsceno». Por lo tanto, a partir de ahora, el criterio para prohibir y sancionar penalmente un material de pornografía infantil, virtual o no, y para decidir si el consumo de dicho material queda protegido o no por la libertad constitucional de expresión y opinión, será el mismo que dilucida el carácter «obsceno» de cualquier documento supuestamente pornográfico: es decir, depende más bien de los efectos que se considere que dicho material producirá en quien lo contemple, y no tanto de la forma de producción del mismo. Entonces, si su contenido carece de todo valor literario, artístico, científico, etc. que lo justifique; si en él se describen o se muestran actos sexuales de un modo llamativamente escandaloso o impúdico; y si desde el punto de vista mayoritario de la sociedad, y a juicio de un observador medio, el material en su conjunto se dirige al interés lascivo y lujurioso de éste, podrá determinarse que dicha documentación presenta la naturaleza de *pornográfica*.

lumbia), denominado igualmente Corte Suprema. Así, a través de la Sentencia de la causa *Regina versus Sharpe*, de 13 de enero de 1999, se declaró la incompatibilidad entre la prohibición penal de la posesión de pornografía infantil real, contenida en la Sección 163.1 del Código Criminal, y la «Carta de Derechos y Libertades de Canadá», en particular por lo que concierne a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad personal. En efecto, considera la Corte que las pertenencias personales de un sujeto constituyen expresión de su identidad esencial: los libros, diarios, dibujos, ropa y otros elementos son expresiones individuales y privadas de sus propias creencias, opiniones, pensamientos y conciencia. Por lo tanto, al castigarse la simple posesión del material pornográfico se está afectando a un aspecto muy privado e íntimo de la vida de una persona y, a juicio de los magistrados, este hecho debe ser valorado con un peso considerable. De ese modo, la limitada efectividad práctica que eventualmente pueda desplegar dicho tipo penal es insuficiente para justificar su impacto sumamente profundo e invasivo en la esfera individual de libertad y privacidad, sobrepasando sustancialmente este efecto perjudicial las posibles consecuencias beneficiosas.

A continuación, otra de las objeciones que la Corte de *British Columbia* plantea ante similar prohibición penal alude a que ésta se extiende a todos los sujetos, incluidos aquellos que realizan un uso inocuo de la pornografía: de esta forma, podría pensarse en coleccionistas que recopilan dicho material por simple curiosidad, o incluso por un interés obsceno o lascivo, pero sin que tal actitud responda a propósito perjudicial alguno, y quizá sin que la posesión de esa documentación consiga influenciarles de forma significativa. Más aún, señala el Tribunal, la prohibición alcanzaría también a aquellos pederastas que, en lugar de tratar de explotar a menores o abusar de ellos, usen la pornografía para fines estrictamente personales, como aliviar su obsesión sexual por medio de la masturbación: a este respecto, está demostrado que la pornografía explícita se emplea para descargar la tensión de esta índole reprimida por aquellas personas que de otro modo podrían llegar a convertirse en agresores sexuales. Y aunque no pueda asegurarse con absoluta certeza que este efecto «catártico» logre compensar el daño causado por la propia conducta de posesión de pornografía infantil, en todo caso será un factor significativo a tener en cuenta⁴⁵. Además, como otro indicio de ese ca-

⁴⁵ A esa consecuencia positiva de neutralización de tendencias sexuales anormales se refiere MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, cit., págs. 324 y 325, indicando que, si se castiga entonces la mera posesión de pornografía, es posible que el consumidor pedófilo, efectuando un balance de costes y beneficios, decida que le puede resultar más rentable cometer directamente el delito de abuso sexual del menor, lo

rácter excesivamente general de la represión penal, se critica que, enseguida que dichas publicaciones o revistas contienen alguna documentación estimada pornográfica, su posesión viene a constituir de cualquier modo delito, por más que las mismas puedan resultar en conjunto, consideradas de forma global, acordes con la ley. En definitiva, dada la protección que a dicha conducta personal de posesión de pornografía presta el derecho constitucional y fundamental a la privacidad, y habida cuenta de que hasta ahora no han sido demostradas las supuestas ventajas político-criminales que en la persecución de la criminalidad sexual habría de arrojar tal prohibición, declara esta *Supreme Court* la improcedencia jurídica de la misma⁴⁶.

2. *Particularidades que presenta la conducta por desarrollarse en el contexto de Internet: ¿resultará más efectivo perseguir penalmente a los servidores e intermediarios en la «Red» que directamente a los usuarios consumidores del material pornográfico?*

En cualquier caso, según apunta la mayoría de la doctrina, parece muy compleja la tarea de justificar un contenido ofensivo mínimo en el acto de *simple visualización* de las imágenes pornográficas, que resulte suficiente para explicar por qué el legislador le ha adjudicado relevancia penal. A su vez, desde un punto de vista estrictamente práctico se muestra difícil el objetivo de perseguir este comportamiento, pues por regla general se lleva a cabo en el espacio inabarcable de Internet.

Además, en el mercado de pornografía infantil en la Red sucede con frecuencia que cada consumidor interviene como facilitador de la posesión o persona que intercambia material con otros usuarios sin ánimo de lucro. Por consiguiente, la tenencia de esas imágenes podría considerarse una prueba indiciaria de que con anterioridad se ha efectuado, al menos, un procedimiento de transmisión, o, de lo contrario, no se estaría en poder de tal documentación, ya que en dicho contexto de especulación o negocio nadie recibe alguna cosa sin

que en definitiva le reportará una mayor satisfacción sexual que la simple contemplación de imágenes. Y aunque en relación con el consumo de pornografía «blanda», mencionaba también esa supuesta eficacia anticriminógena, recogiendo la opinión de otros autores, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., pág. 84.

⁴⁶ De todos modos, como advierte SIEBER, U., «*Mindeststandards...*», cit., pág. 98, tal decisión de la Corte Suprema de *British Columbia* se encuentra actualmente sometida a un proceso de recurso.

dar otra a cambio. En definitiva, dicha posesión no debería reputarse, normalmente, como simple tenencia para el propio consumo, pues, una vez comprobados los hábitos de acceso a la Red, intercambio, contactos, etc. de los internautas, habría de calificarse en la mayor parte de los casos como «posesión orientada al tráfico», capaz de promover en gran medida el mercado de este producto. Y en orden a dicha interpretación no supondría obstáculo alguno, dada la configuración de la conducta típica en el art. 189.1, letra b), el carácter privado o no profesional, y carente de un propósito de enriquecimiento material, de similar comportamiento de difusión. En conclusión, frente a este fenómeno de reciente origen, las opciones no podrán ser más que dos: o bien habría de adoptarse una solución inculpativa general y «adaptativa» para tales casos (que recogería, si lograra demostrarse, su contenido de desvalor adicional al supuesto de la mera visualización personal de las imágenes), como podría ser considerarlos hipótesis de «facilitación de la difusión», o de «posesión orientada al tráfico», pero no de mera posesión⁴⁷ —aunque cuidando de no atentar contra la seguridad jurídica con una presunción en contra de reo—, o bien, finalmente, se establecería, también a título general, la irrelevancia penal de los mismos —con lo que, de forma coherente, tendría igualmente que renunciarse al castigo jurídico-penal de toda posesión o consumo «simples»—.

De hecho, al hilo de esta segunda alternativa, cierto colectivo de usuarios en Internet, de forma totalmente independiente y ajena a las legislaciones y gobiernos, ha propuesto la creación de «grupos de contenidos» o «comunidades» en los que exista una plena libertad y tolerancia, nula restricción o control en cuanto a los datos que se descargasen, decidiendo dichos usuarios, libre y autónomamente, qué clase de material se podría incorporar e intercambiar desde sus ordenadores personales hasta la Red. Y así, se dice, estas iniciativas ciudadanas, aún en fase de desarrollo, podrían conducir a una nueva etapa en el proceso hasta ahora ya experimentado por el fenómeno criminológico del tráfico de pornografía infantil, siempre buscando el mayor anonimato y clandestinidad, la mayor dificultad en la persecución y detección policial de las conductas, y una cierta rapidez y facilidad en esos intercambios y contactos⁴⁸. Por otro lado, ha surgido

⁴⁷ A saber, como ya se ha apuntado, razones para esta clasificación serían la frecuencia estadística (y facilidad) con la que tal posesión implica transmisión sucesiva de la información; o la ausencia en el tipo de tráfico del art. 189.1.b CP de cualquier elemento necesario de ánimo de lucro en la distribución, etc. Sin embargo, es evidente *presunción en contra del reo* que dicho planteamiento implicaría.

⁴⁸ Sobre esas últimas tendencias comentadas, *vid.* ROJO GARCÍA, J.C., «La realidad...», *cit.*, págs. 220 a 234.

en los últimos tiempos algún movimiento político de un talante ideológico censurable, como es el caso de cierto partido holandés formado por pederastas declarados y favorable a la liberalización de las relaciones sexuales de los adultos con menores entre los 16 y los 12 años, y a la absoluta libertad sexual de los mayores de 16, tanto para realizar películas pornográficas como para prostituirse⁴⁹.

En todo caso, obviando por un momento la elevada alarma social que sin duda han de despertar semejantes iniciativas, resulta imprescindible tener en cuenta las características técnicas que actualmente presenta ese intenso flujo de información en Internet, e incluso es posible que un análisis valorativo de las mismas desvele la conveniencia de, en efecto, intervenir en otras fases del proceso de transmisión de los datos, renunciando a incriminar directamente al poseedor y consumidor de pornografía infantil⁵⁰. Así, es preciso saber, en primer lugar, que en el marco de la Red existen tres categorías de entes suministradores de información u «órganos funcionales» (cuya *infraestructura técnica*, esencial en el marco de Internet, puede ser empleada también para difundir contenidos ilegales), con distintas posibilidades en cada caso de controlar los datos en trán-

⁴⁹ Véase la noticia publicada, entre otros, en el portal de Internet «20 minutos», el 30 de mayo de 2006, en relación a este partido político denominado «Caridad, Libertad y Diversidad», defensor asimismo de otras propuestas realmente alarmantes, como la de eliminar límites que «sólo hacen que los niños sientan curiosidad», legalizar el sexo con animales o la emisión televisiva de pornografía violenta en horario nocturno, o bien permitir que los ciudadanos paseen desnudos por la calle. Evidentemente no han faltado las protestas inmediatas frente a semejante disparate, por ejemplo procedentes de algún diputado o activista político «antipedófilo», de asociaciones en favor de la infancia, etc., en el sentido de que dicho grupo de opinión pretende «dar la sensación de que tener relaciones sexuales desde los 12 años es beneficioso», y que «es necesario frenarlo antes de que empiece a andar», etc..

⁵⁰ Aunque no comparte esta opinión sobre la despenalización de la mera posesión, insiste SIEBER, U., *Kinderpornographie, Jugendschutz...*, cit., págs. 58 y 59, acerca de la necesidad de abordar con nuevos mecanismos el fenómeno de la difusión de pornografía infantil en la Red. En particular, teniendo en cuenta el carácter global, universal, de Internet, habrá que armonizar a nivel *internacional* las diversas legislaciones penales estatales en materia de lucha contra la pornografía (tanto en su dimensión sustantivo-material, en cuanto a la configuración de tipos penales, como en el aspecto procesal), e igualmente en materia de responsabilidad jurídica de las entidades y empresas que actúan en la Red, a las que me referiré a continuación en este trabajo: a saber, proveedores de servicios de correo electrónico, páginas web, etc.. Por otro lado, imprescindible será que los Estados colaboren de forma más eficaz en dicho ámbito, amén de que deberán emplearse en primer lugar medidas de naturaleza *extrapenal*, como por ejemplo a escala educativa (implantación de códigos de conducta entre los usuarios y entre los mencionados proveedores de servicios, a efectos de detectar y combatir los contenidos ilícitos), o técnica (vg., mejorar los sistemas de identificación de las fuentes o de las conexiones en Internet), o también en cuanto a los medios de comunicación e información.

sito: se trata de las denominadas «empresas de la Red» (*Network-Provider*), los «proveedores» o «suministradores de acceso a la Red» (*Access-Provider*), y, por último, las «empresas del sistema», «servidores» o «proveedores de servicios», en cuyos espacios no sólo circula la información, sino que también se graba ésta a medio o largo plazo, pudiendo ser dichos contenidos tanto de creación propia como procedentes de fuentes ajenas (*Host-Service-Provider*)⁵¹. Pues bien, dada la inmensa afluencia de datos, el carácter codificado y confidencial de muchos de ellos (protegidos a través de claves o contraseñas, como en las cuentas de correo, etc.), y la imposibilidad de controlar en tiempo real los contenidos que se transmiten, todos ellos como obstáculos técnicos irremediables ya *a priori*, no sería en principio posible (e incluso, en cuanto a la información privada, tampoco deseable ni correcto desde un enfoque jurídico, teniendo en cuenta el derecho al secreto de las comunicaciones), ni para las citadas «empresas de la Red» ni para los «suministradores de acceso» supervisar y, en su caso, bloquear algunas de esas informaciones⁵². Por consiguiente, el único método factible y que garantiza la seguridad jurídica consistiría en centrarse en los datos que se almacenan, en lugar de hacerlo en los que fluyen, de tal forma que los responsables fundamentales de ese control habrían de ser los mencionados *servidores* de Internet o distribuidores de servicios, excluyéndose en general la responsabilidad penal de los proveedores *de acceso* o de las citadas *empresas*.

Sin embargo, incluso para dichos servidores, aunque tengan la obligación jurídica de examinar y, si es necesario, interceptar y destruir los contenidos de naturaleza ilícita, va a suponer muchas veces una labor irrealizable esa comprobación, en términos de suficiente fiabilidad y eficacia, debido, una vez más, a la inabarcable cantidad de informaciones que se vierten a la Red. En tal sentido, la colaboración ciudadana será esencial, teniendo en cuenta que cualquier usuario del sistema podrá dar aviso a los servidores de la presencia de esos datos irregulares, cooperando así al mantenimiento de un Internet «limpio». Por consiguiente, interesaría implantar, como ya ha ocurrido en algunos Ordenamientos jurídicos, un procedimiento de *autorregulación* de los denominados «darse cuenta y tomar nota» («*notice and take down procedure*»), de manera que se sancione jurí-

⁵¹ Sobre ello, SIEBER, U., en *Kinderpornographie, Jugendschutz...*, *cit.*, págs. 61 a 65.

⁵² Por ejemplo, en cuanto a las considerables limitaciones con las que, en todo caso, habría de tener lugar un control estatal de la comunicación privada a través del correo electrónico, véase BÄR, Wolfgang, Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior del *land* de Baviera (*BayObLG*) de 27 de junio de 2000, recogido en la revista *Multimedia und Recht (MMR)* 2000, págs. 758 a 761 (760).

dico-penalmente a aquel proveedor que omita *bloquear* o *interceptar* esos contenidos perniciosos una vez que haya tomado conocimiento de ellos, por ejemplo a través de denunciantes particulares. En cambio, mucho menos frecuente resulta que la legislación atribuya a los servidores directamente deberes *activos* de control, aunque sea posible encontrar algunos ejemplos de ello, como ocurre en Suecia.

En este orden de cosas, se fomenta desde una perspectiva doctrinal y político-criminal que los proveedores adopten *códigos de conducta*, ya sea a través de los llamados «comités de autocontrol» o de las asociaciones nacionales de servidores en Internet (en nuestro país, la »ISPA España«), y en muchas ocasiones, partiendo ya de las estipulaciones de carácter contractual que se suelen utilizar para los clientes de la empresa. En base a tales códigos, los proveedores se comprometen a respetar diversas normas (vg., a intentar identificar a sus clientes, o a prestar una especial atención para que sus servicios se empleen de forma legal), así como a colaborar con los órganos encargados de combatir esta criminalidad. De esa manera, cuando las pautas emanen de empresas *on line* extendidas a nivel internacional y con un cierto grado de poder e influencia, podrán constituirse en una suerte de «ley blanda» (*Softlaw*), *antecedente* o precursora para una futura regulación a escala mundial. Estos que se han descrito *supra* serían, pues, según la opinión unánime de los expertos, junto con la instalación de programas o sistemas operativos de filtro (*Filtersoftware*) por parte de los propios usuarios, los métodos más efectivos para luchar contra la difusión de contenidos ilícitos en Internet. En la misma corriente están surgiendo, con resultados muy halagüeños, los que se designan como «puestos de aviso» (*Meldestellen*) o «líneas calientes» (*Hotlines*), fundados por los propios servidores o por fuentes privadas, y a veces incluso con participación estatal, cuya misión reside en poner en contacto a los usuarios que detectan contenidos irregulares con los servidores o proveedores de la información que faciliten, de forma más o menos directa, el acceso a tales páginas, *links*, archivos, etc., a fin de que puedan localizar los datos en sus espacios internáuticos y eliminarlos. En definitiva, de ese modo se trata de conformar un sistema general por medio del que se consiga a nivel mundial, y en especial involucrando a los usuarios, eliminar las materias ilegales presentes en la Red⁵³.

⁵³ Vid. SIEBER, Ulrich, «Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich», en la revista ZUM 1999, cuaderno 3, págs. 196 a 213 (197 y 198), al igual que en *Kinderpornographie, Jugendschutz...*, cit., págs. 62 y 63. Acerca de los conceptos de proveedores de servicios, de acceso, etc., consúltese también MORALES GARCÍA, O., «Criterios de atribución...», cit., págs. 192 a 194 y citas 16 y 17, así como MORILLAS

En concreto, tanto el legislador alemán como el español, éste varios años más tarde, se han asegurado en los últimos tiempos de promulgar una serie de normas de índole administrativa al objeto de regular la competencia de los mencionados organismos operantes en la Red en cuanto a una posible información ilegal. A tales efectos, España ha adaptado su regulación a lo preceptuado por la *Directiva europea 2000/31/CE*, de 8 de junio, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, normativa que, por su parte, se inspiró con una fidelidad casi absoluta en la *Ley germana de Servicios a Distancia* de 1997 (*Teledienstegesetz, TDG*), así como en la regulación vigente en Estados Unidos. De esa forma, la *Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (n.º 34/2002, de 11 de julio), apoyándose en el art. 12 de dicha Directiva, que a su vez se corresponde con el § 8.1 de la *Teledienstegesetz*, se refiere, antes que nada, a la responsabilidad *civil, penal y administrativa* de los citados «servidores de datos», «prestadores de servicios» o *Host-Service-Provider* en relación con *sus propios contenidos*, los que ellos mismos incorporan a la Red, de acuerdo con *lo establecido con carácter general en el ordenamiento jurídico* (art. 13.1): es decir, también conforme a las normas penales cuando la naturaleza de los datos lo exija⁵⁴.

En cambio, existe también una información *ajena* que los servidores *almacenan o alojan* y mantienen a disposición de los usuarios en sus sistemas de memoria: por ejemplo, cuando una persona desde su propio correo electrónico pretende acceder a los archivos de imá-

FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 410 a 412. No obstante, según indica SIEBER, U., *Kinderpornographie, Jugendschutz...*, *cit.*, pág. 63, en determinados ordenamientos jurídicos, como el francés o el norteamericano, se habrían asignado más funciones especiales a los servidores, estando éstos por ejemplo obligados a proporcionar a sus clientes los mencionados procedimientos de filtro, a fin de impedir que internautas menores de edad entren en contacto con información que pueda perjudicarles en su desarrollo psicológico. O bien, suponiendo que dichos proveedores tengan conocimiento, en su caso gracias a la colaboración de terceros, de la existencia de algunos de tales datos ilícitos, tendrán que comunicar inmediatamente a las autoridades de la Administración penal esa circunstancia. A su vez, pueden encontrarse estados en los que, a falta de una regulación específica que ordene las competencias de supervisión a cargo de cualquier servidor, se otorga dicha capacidad de valoración de la legitimidad de los contenidos en tránsito a instituciones concretas, vinculadas total o parcialmente al poder público.

⁵⁴ En concreto, puede tenerse aquí en cuenta la Sentencia del BGH de 27 de junio de 2001, reseñada en *NStZ* 2001, págs. 596 a 598, en la que el Tribunal Supremo alemán revisa una causa concerniente a la responsabilidad penal de un servidor de información en Internet por difusión de contenidos de propia creación, de acuerdo con el entonces § 5.I (hoy § 8.I) de dicha *Teledienstegesetz*.

genes o de texto que otro usuario, desde otra cuenta de correo le ha enviado, encontrándose tales archivos, en efecto, almacenados en la memoria del proveedor que ofrece el servicio de correo, *vg. hotmail, terra, etc.*, y no en la de este mismo cliente destinatario hasta que él no los recupere mediante la descarga en su ordenador personal. En definitiva, ese podría ser el supuesto más controvertido en cuanto a la responsabilidad de dichos proveedores de servicios, dado que al grabar los datos en su memoria estarían asumiendo mayores posibilidades de control sobre los mismos y, por consiguiente, mayores riesgos respecto del contenido que éstos pudieran tener, con lo que aumentaría también el nivel de diligencia que les sería exigible. Pues bien, en tal supuesto los servidores serán responsables de esos datos (y de su bloqueo o eliminación cuando resulten penalmente relevantes) sólo para el caso de que hayan obtenido un conocimiento concreto y *efectivo* de dichos contenidos o de la conducta antijurídica que éstos impliquen —criterio subjetivo—⁵⁵, y siempre y cuando les resulte técnicamente posible y además exigible esa interceptación o destrucción —criterio objetivo-subjetivo—⁵⁶ (§ 11.1 *TGD*, art. 16.1.a) Ley 34/2002)⁵⁷. Por otro lado, se considera que tampoco tendrán que dar cuenta jurídicamente de la tenencia de los datos si, tan pronto como hayan tomado conciencia de su carácter irregular, han adoptado medidas para retirarlos o para bloquear el acceso a los mismos (§ 11.2 *TGD*, art. 16.1.b) Ley 34/2002).

En tercer lugar, es posible también que en lo que afecta a esa información extraña, procedente de terceras fuentes, los servidores (pensando a este respecto tanto en los «proveedores *de acceso*» como en los «proveedores de servicios») se ocupen únicamente de *introducirla o transmitirla* en la Red de comunicación o de *hacerla accesible* a la utilización por parte de los usuarios que la hayan solicitado, pero sin retenerla por tiempo alguno en sus propios archivos, o bien manteniéndola sólo durante el breve lapso que resulte normalmente im-

⁵⁵ Además, en cuanto a una posible responsabilidad civil por daños y perjuicios en relación con la posesión de dichos datos, ésta se excluye si no constaban hechos o circunstancias a partir de los cuales fuera evidente que existía dicha conducta antijurídica o aquella información ilícita.

⁵⁶ Entre ambos criterios, al hilo de lo indicado por la Ley 34/2002, distingue MORÓN LERMA, citada a su vez por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 408 y ss.

⁵⁷ En torno a este aspecto, *vid.* SIEBER, Ulrich, «*Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDStV*», en la revista *Multimedia und Recht (MMR)* 1999, «*Beilage*» 2/1999, págs. 1 a 32 (17), indicando que dichos servidores sólo ostentarán el dominio real sobre los datos que tengan almacenados cuando les sea técnicamente posible *bloquearlos o destruirlos*.

prescindible para efectuar dicha transmisión⁵⁸. En este caso, los proveedores no serán por regla general responsables de los datos (sobre todo, porque se entiende como técnicamente imposible e inexigible supervisarlos), siempre y cuando no sean ellos los que hayan ocasionado esa transmisión, no hayan seleccionado a los destinatarios de dichos contenidos y tampoco hayan escogido o modificado éstos (§ 9.1 y 2 *TDG*, art. 14.1 y 2 Ley 34/2002). Sin embargo, según indica la normativa germana, tal regla no será de aplicación cuando el servidor actúe deliberadamente y en connivencia con alguno de sus clientes a fin de cometer actos antijurídicos (art. 9.1 *TDG*, *in fine*).

Y el mismo criterio general de exoneración rige para los supuestos que en la ley española se denominan de «copia temporal de los datos», o bien, a tenor de la regulación alemana, de «grabación provisional para una transmisión acelerada de la información»: es decir, cuando los servidores la almacenan de forma automática y sólo transitoria en la llamada (ante)memoria de reserva o *Caché*, con el objetivo de llevar a cabo una transmisión más efectiva de contenidos en favor de los usuarios que los hayan solicitado, o asimismo de aquellos que lo requieran en el futuro. Esta hipótesis, en fin, versa sobre un mecanismo habitual entre los servidores cuando funcionan como meros intermediarios, por el cual éstos almacenan en la memoria «tampón» o «*catching*» la parte de información estática de algunos servicios de la Red, en especial de los que son con más frecuencia demandados por sus clientes (*vg.*, una página *web* concreta, un portal de correo electrónico o de chat, etc.), de tal manera que cuando se soliciten dichos contenidos de nuevo el proveedor no tenga que descargar otra vez toda la información, sino únicamente la que individualiza o caracteriza esta nueva demanda, reproduciendo en lo restante la «carcasa» o estructura general en la que se integran todos los datos⁵⁹. En ese sentido, de acuerdo con los preceptos 10 de la *TDG* y 15 de la Ley 34/2002, tampoco estarán obligados los proveedores a responder de similar intermediación siempre y cuando no hayan alterado los datos alojados, hayan respetado convenientemente las normas y condiciones acerca de su actualización (*vg.*, dejando de reproducir los que ya no aparezcan en la página en cuestión), y, en especial, hayan actuado de inmediato en orden a eliminar o bloquear la información almacenada que fuera antijurídica: a saber, enseguida que se hubieran

⁵⁸ A saber, indica el art. 14.2 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información, siempre que tal almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos no supere en su duración el tiempo razonablemente necesario para realizar la transmisión por la Red.

⁵⁹ Acerca del funcionamiento de dicha memoria *caché*, *vid.* MORALES GARCÍA, O., «Criterios de atribución...», *cit.*, págs. 212 a 213 y cita 26.

apercibido de que dichos datos hubieran sido a su vez sacados de Internet o bloqueados en el lugar de procedencia de los mismos o de donde hubiera partido su transmisión, o tan pronto como hubieran sabido, en su caso, que un órgano judicial o autoridad administrativa hubiera ordenado la retirada u obstrucción de esos contenidos⁶⁰.

Por otro lado, en Suiza, merced al art. 4 de la *Ley sobre tablonas de anuncios electrónicos* (*Gesetz über «Electronic Bulletin Boards»*, traducándose esta expresión también como «páginas de noticias»), se insta a dichos servidores o proveedores, en general, a revisar los contenidos que transitan por sus páginas y archivos, de acuerdo en cada caso con sus posibilidades, volumen de la información, entidad comercial o privada del proveedor en cuestión, etc. Y a continuación, en el art. 5 de la misma norma se ha establecido directamente la obligación *jurídico-penal* de eliminar los contenidos ilegales cuando se tenga conocimiento de ellos a través de un aviso o «chivatazo», incurriendo el servidor omitente en responsabilidad tanto si deja de actuar de modo doloso como si lo hace por imprudencia grave, con penas de prisión de hasta dos años⁶¹.

En definitiva, contemplando los términos de la legislación expuesta se percibe cuál es el criterio general del que parte esta política normativa, planteada en origen por la propia Directiva 2000/31/CE (en particular, en su art. 12): a saber, el de garantizar la *libre circulación de servicios* en Internet. Así, se trata *a priori* de exonerar a estos simples intermediarios o proveedores en cuanto a la responsabilidad por contenidos únicamente transmitidos o proporcionados por ellos, pero respecto de los cuales resulta material y técnicamente imposible, y por tanto inexigible desde el punto de vista jurídico, su control o incluso sólo su conocimiento efectivo. Y con base en tal premisa, serán los legisladores de cada Estado miembro (también los del ámbito penal) quienes habrán de establecer las excepciones a esa regla. Por ejemplo, podrían examinarse los deberes de colaboración con las autoridades asignados a los prestadores de servicios a través de los arts. 12 y 36 de la Ley 34/2002, sin duda inspirados en el art. 15 de la misma Directiva europea, por el que, entre las diversas obligaciones que los poderes legislativos nacionales podrán legítimamente imponer a estos intermediarios, se menciona la de comunicar a las autoridades la identidad de los destinatarios del servicio. En efecto, conforme al art. 12 de la Ley 34/2002, tanto los proveedores de acceso

⁶⁰ Comentando la *Ley alemana de Servicios a Distancia*, aunque refiriéndose todavía a su redacción anterior a la reforma de 2001, *vid.* SIEBER, U., «*Die Verantwortlichkeit...*», *cit.*, págs. 201 y 202.

⁶¹ *Ibidem*.

como los prestadores de servicios⁶² estarán obligados a retener durante un plazo máximo de doce meses aquellos datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas con los destinatarios de sus prestaciones (tales como el acceso a páginas o portales de datos, el uso del correo electrónico, etc.), habida cuenta de que dichos contactos y transmisiones resultan convenientemente «protocolizados» por ellos —es decir, registrados en sus parámetros esenciales, como el número de identificación del computador solicitante del servicio, la fecha y hora de la conexión, etc.—.

Dichas referencias habrán de ser, por lo que afecta a los proveedores de acceso, en particular las que *faciliten la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información* (vg., para solicitar unos contenidos desde su ordenador particular), así como, en el caso de los prestadores de servicios, las que ayuden a conocer *el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio*, sin que de ningún modo se permita que al retener similar información se pueda estar afectando al secreto de las comunicaciones. Y a tenor de ese artículo, estos datos se conservarán con vistas a su eventual utilización en el marco de una investigación criminal, o bien «para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional», y en tal contexto podrán ser requeridos por los Jueces o Tribunales, por el Ministerio Fiscal, o asimismo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, respetando en todo caso las disposiciones legales sobre protección de datos personales. Por su parte, indica el art. 36.2 de esta misma ley, aludiendo a la labor de inspección que deberán llevar a cabo agentes del Ministerio de Ciencia y Tecnología en torno a la actividad de los prestadores de servicios y a sus infraestructuras, que, cuando en el marco de dicha supervisión se revelen hechos eventualmente constitutivos de una infracción de acuerdo con otras leyes (vg., el Código Penal), éstos habrán de ser comunicados a los órganos competentes para su control y posible sanción.

En tal sentido, un ejemplo significativo de la importancia que puede alcanzar similar deber de colaboración a cargo de los servidores se encuentra en el caso recientemente expuesto por los medios de comunicación⁶³ en relación con una red española de distribución de pornografía infantil a través de Internet. En el marco de la investiga-

⁶² Aunque, al parecer, el art. 15 de la Directiva 2000/31/CE únicamente atribuye dicho deber de comunicación a quienes realicen el servicio de *alojamiento* de datos, es decir, a los denominados «servidores».

⁶³ Vid. el ejemplar *on line* del Diario *El Mundo* correspondiente al 26 de mayo de 2006.

ción policial que logró la desarticulación de dicha organización resultó esencial la cooperación por parte de distintos proveedores de acceso a la Red: así, éstos, obedeciendo un mandamiento judicial dictado a instancias del «Grupo de Protección del Menor de la Brigada policial de Investigación Tecnológica», proporcionaron los correspondientes datos sobre la identidad de aquellos usuarios responsables de las conexiones implicadas en la actividad ilícita. Y a continuación, miembros de ese colectivo policial efectuaron el pertinente registro en los domicilios de dichas personas, hallando pruebas de su culpabilidad en cuanto a la distribución telemática de archivos de vídeo con pornografía infantil⁶⁴.

En definitiva, no puede negarse que existen medios técnicos y jurídicos gracias a los cuales resulta factible en determinados supuestos el acceso a los consumidores directos del material proscrito. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta asimismo la notable tendencia, constatable en el entramado material o físico de la Red, hacia el desarrollo de nuevos mecanismos de intercambio y comunicación entre sus usuarios que aseguren el anonimato y, eventualmente, la impunidad en caso de llevar a cabo conductas ilícitas. Así, es posible que la captación de tales comportamientos ilegales y la localización de sus autores ya no resulte tan expedita en el supuesto de haberse realizado por ejemplo a través de los *programas de globalización de archivos individuales*, u otros más evolucionados. Por medio de tales sistemas, habitualmente utilizados para intercambiar copias ilegales de temas musicales, y suministrados también por entes *proveedores de acceso u operadores de Red*, el usuario puede compartir el contenido de su ordenador, en todo o en parte, con las personas que se hallen conectadas a Internet gracias al mismo programa, pero sin que se produzca conversación ni contacto alguno individual entre ellos, de tal forma que nadie sabe de qué ordenador en concreto procede cada archivo de los que se ponen en común en el foro. Y de ese modo, al tiempo que cada usuario, merced a la ayuda de un buscador, puede localizar la información que le interesa y descargársela desde un ordenador desco-

⁶⁴ Un supuesto bastante similar, ya citado *supra*, es el correspondiente a la desarticulación de una red de suministro de pornografía en España, Andorra y otros muchos países, en relación con el que llegaron a ser detenidas hasta 42 personas, acusadas precisamente de posesión de pornografía infantil (y además, de corrupción de menores). En tal caso, no obstante, la investigación pudo iniciarse y desarrollarse merced a la denuncia presentada ante la Guardia Civil por uno de los menores cuya imagen obscena estaba siendo distribuida, constituyendo este al parecer un hecho clave de cara al éxito de las operaciones, al hacer posible que los datos identificativos de dichas fotos fueran introducidos en el archivo informático de la Interpol, y éstas localizadas y destruidas en cualquier sistema informático del mundo al que se hubieran descargado (véase el Diario *Ideal* de Granada de 6 de julio de 2006).

nocido hasta su propio computador personal, se expone con ello a que otros internautas anónimos penetren en sus archivos y se hagan con el contenido que en ellos se almacene. Por lo tanto, el carácter compartido de toda la información, el hecho de que ni los ordenadores de origen ni las personas de sus usuarios ni los archivos concretos se individualizan (sino exclusivamente su contenido), y la rapidez con que se conectan y desconectan nuevos participantes, dificultarán de manera notable la búsqueda de responsables. En consecuencia, dada la alta probabilidad de que este sistema se convierta en el preferido por los consumidores de pornografía infantil en la Red⁶⁵, es también de suponer la enorme complejidad que en adelante seguirá implicando la detección de dichas conductas de simple apropiamiento o posesión.

A modo de resumen de todo lo expuesto puede dibujarse el esquema de la página siguiente sobre el funcionamiento de la transmisión de datos en la Red, a fin de hallar una respuesta acertada a la cuestión que nos ocupa: a saber, ¿a quién o quiénes deberá perseguirse como responsables de la circulación de contenidos pornográficos ilegales en Internet?

En conclusión, teniendo en cuenta el volumen de información sobre el que inciden las diversas conductas descritas, así como la diferente intensidad con la que unas y otras contribuyen al desarrollo y mantenimiento de un mercado cibernético ilegal de pornografía infantil —en función de la naturaleza más o menos activa de esos comportamientos y su mayor o menor proximidad y vinculación con la Red de comunicaciones—, también desde un enfoque *práctico* podría estimarse más recomendable concentrar la severidad de los medios penales en la figura de los servidores, quienes, asimismo, disponen de posibilidades más favorables (aunque igualmente limitadas) de control de los datos que fluyen. A tales efectos sería preciso, no obstante, que el proveedor en cuestión hubiera desarrollado una participación más directa en el hecho de la transmisión o suministro de los contenidos que la simple puesta a disposición de sus medios técnicos para ese tránsito: como se ha indicado, tendría que haber introducido él mismo los datos como propios, o haber seleccionado expresamente los que provinieran de otras fuentes, escogiendo los de carácter ilícito; o bien haber dado entrada a esa información en connivencia con un usuario que la hubiera solicitado o, incluso, conociendo su existencia, haber omitido deliberadamente su bloqueo o destrucción⁶⁶. Y de igual forma, convendría actuar directamente

⁶⁵ Describiendo este sistema, y pronosticando su éxito de cara a la difusión de pornografía infantil en Internet, *vid.* ROJO GARCÍA, J.C., «La realidad...», *cit.*, págs. 230 a 234.

⁶⁶ *Vid.* MORALES GARCÍA, O., «Criterios de atribución...», *cit.*, págs. 222 y 223.

Aporte de datos a la Red	Tránsito y alojamiento de los datos	Recepción y consumo
Proveedores de servicios (<i>Host-Service-Provider</i>): – conforme al art. 13.1 Ley 34/2002, serán responsables penalmente por sus propios contenidos ilícitos, los que introduzcan en Internet (delito de difusión de pornografía infantil).	Proveedores de servicios (<i>Host-Service-Provider</i>): – aportan la estructura técnica para la transmisión y facilitación de los datos (en su caso, almacenándolos durante un cierto tiempo): posibilidades de control y eliminación de los mismos. – en general, están exonerados de responsabilidad por esa transmisión, salvo que concurra un conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos y sea posible y exigible la destrucción o bloqueo de los mismos (posible aplicación de los tipos penales del art. 189.1, letra b) CP).	Usuarios particulares: – eventualmente podrán ser identificados al objeto de atribuirles responsabilidad penal, con la colaboración de los proveedores de servicios y de acceso (mediante los protocolos que registran cada conexión).
Usuarios particulares: – eventualmente podrán ser identificados al objeto de atribuirles responsabilidad penal, con la colaboración de los proveedores de servicios y de acceso (mediante los protocolos que registran cada conexión).		

contra los particulares que comercien en la Red con dichos materiales, sirviéndose de la infraestructura tecnológica que aportan los servidores⁶⁷.

Por el contrario, en cuanto a aquellos individuos situados al final de la cadena de transmisión de dichos contenidos prohibidos, cuya única actuación reprochable consistiría en hacer uso personal y privado de los mismos, podría renunciarse a su castigo penal directo; ello, aunque un comportamiento más relevante de favorecimiento de la distribución sí tendría que dar lugar, en su caso, a la aplicación del tipo de tráfico previsto en el art. 189.1.b) CP. Y a este respecto, la eventual protección parcial que el derecho constitucional a la libertad de expresión y conciencia otorgara a esas manifestaciones de simple

⁶⁷ Acogiéndose a este criterio, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, cit., pág. 415.

consumo particular de pornografía exigiría el recurso a un medio sancionatorio menos lesivo para los derechos fundamentales, para la dignidad de la persona, la libertad y autonomía individuales, etc., que el que supone el Derecho Penal. Semejante propuesta político-criminal, aunque pueda percibirse como arriesgada, no desentona, a mi juicio, de otros planteamientos defendidos por autores españoles, en el sentido de recurrir por ejemplo al Derecho Administrativo, en la forma de algunos de los citados controles o censura en Internet y en el mercado «real», sanciones por la difusión de dicho material (en la actualidad, bajo la regulación de la Ley 34/2002), etc., en lugar de criminalizar al mero poseedor⁶⁸. Igualmente, se ha comentado la opción de aplicar medidas asistenciales de naturaleza socio-educativa o psicológica en favor de la persona del consumidor pedófilo, reservando en efecto la fiscalización penal para los traficantes y los que directamente intervienen en ese mercado⁶⁹.

3. *Conducta de posesión y adquisición de la posesión de pornografía infantil a través de medios informáticos: cómo determinar el momento de la consumación y la satisfacción del tipo objetivo (tenencia prolongada en el tiempo) y subjetivo (conocimiento)*

Además de las reflexiones sostenidas en los apartados anteriores, al tratar de resolver la cuestión acerca del instante en que comienza o se

⁶⁸ Así opinaba en 2002, con anterioridad a la reforma que tipificó la simple posesión, TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, cit., págs. 158 *in fine* y 159. Proclive a la utilización de mecanismos de control administrativos, tal y como han demandado las organizaciones internacionales y europeas, se manifiesta igualmente DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «*Las nuevas corrientes...*», cit., págs. 370 y 371 (también 368 y 369), siendo los medios preventivos más adecuados los ya mencionados filtros, sistemas de clasificación y bloqueo, de autorregulación, códigos de conducta, etc., ya que la adopción de sanciones penales para los consumidores de los materiales puede suponer, entiende este autor, una indeseable *criminalización de las propias víctimas de la explotación sexual infantil* (por ejemplo, jóvenes que adquieran esa información), amén de que *la libertad de expresión e información impide que se considere ilícito cualquier mensaje que pueda afectar a niños y jóvenes pero que no tiene por qué ser perseguido si va dirigido a un público adulto*. En definitiva, señala DE LA CUESTA, la intervención penal en este campo, expansiva y simbólica, presenta múltiples dificultades y efectos negativos (para la convivencia, para el desarrollo y el bienestar de las propias víctimas, etc.), aunque la necesidad de recurrir a tales medios sea percibida, según parece, por todas las asociaciones internacionales y Estados.

⁶⁹ Con este tenor, véase TAMARIT SUMALLA, J.M.^a, *La protección penal...*, cit., págs. 158 *in fine* y 159, refiriéndose a *medidas preventivas extrapenales*, tales como actividades de información y formación sexual, y de apoyo y asistencia a los que padezcan

consume el comportamiento de simple tenencia de pornografía se pone también de manifiesto la insensatez que supondría perseguir *en todo caso* esa conducta desde el punto de vista de la viabilidad práctica

trastornos psicopatológicos. Comparte ese punto de vista ROJO GARCÍA, J.C., «*La realidad...*», *cit.*, 1999, págs. 249 y 250: dicha solución política resulta la más apropiada en la medida en que la conducta de mero «disfrute particular» no produce daño alguno ni crea perjudicados («salvo una afectación general a la infancia»), de manera que, como mucho, sólo podrá estimarse «socialmente inconveniente». Únicamente debería castigarse por vía penal cuando se probara la lesividad directa en relación con terceros. Y aún más, ROJO considera (aunque preciso es decir que en 1999, antes de la reforma) que el mismo planteamiento ha de aplicarse incluso al comportamiento de *intercambio* de pornografía en la Red, ya que éste, cuando sea «libremente aceptado, entre personas que saben y desean lo que van a hacer, no es una conducta que deba ser perseguida por el Ordenamiento penal, de la misma forma que no se persiguen otros comportamientos que pueden considerarse inmorales o contrarios a las pautas sociales mayoritarias». Asimismo DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «*Las nuevas corrientes...*», *cit.*, págs. 368 y 369, 372 y 373, destaca la conveniencia de suministrar en este ámbito, *más que una sanción penal*, con los *no pocos riesgos de criminalización* que ésta conlleva, medidas *terapéuticas*, que es lo que más precisan, y *no en todos los casos*, los consumidores de ese material. Igualmente MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, pág. 324, siempre que el pedófilo se someta voluntariamente al tratamiento. Por el contrario, ya hacia 1982 señalaba Díez RIPOLLÉS, J. L., en *Exhibicionismo, pornografía...*, *cit.*, págs. 538 y 539, la inadecuación de posibles medidas extrapenales no coactivas, e incluso también de las administrativas, para hacer frente *por sí solas* al castigo y la represión de conductas relacionadas con la difusión de pornografía «blanda», tanto entre menores como entre adultos cuando se produjera de modo no consentido. Por consiguiente, suponemos que esa postura doctrinal habría de rechazar aún más una posible renuncia a medidas penales por lo que afecta a la actual discusión sobre la persecución de la pornografía «dura». Y en este sentido, se refería Díez RIPOLLÉS a la insuficiencia de imaginables disposiciones no coactivas a la hora de contrarrestar las conductas de exhibicionismo o provocación, «sin negar la importancia que factores como la educación y el propio ambiente social poseen para neutralizar los comportamientos escandalosos aludidos» (criterio trasladable al consumo de pornografía infantil). Y en lo tocante a prescripciones de Derecho Administrativo, menciona dicho autor la vaguedad que suelen presentar sus disposiciones prohibitivas, la mayor discrecionalidad de los jueces de lo contencioso en la valoración de las conductas sancionadas, o la falta de garantías procesales bastantes, como razones por las que no parece adecuado renunciar a la ley penal en este ámbito político-criminal. Por otro lado, se apunta también que, desde la perspectiva de su contenido de injusto material, tales conductas requerirán la mayor intensidad punitiva que caracteriza al Derecho penal. Sin embargo, en lo que afecta al comportamiento «voluntario» de consumo privado de pornografía por parte de adultos, y al debate ya entonces planteado sobre la penalización o despenalización, total o parcial, de su tráfico (si bien pensando evidentemente en que no se tratara de contenidos «duros», sino «estándar»), se traen a colación en ese estudio de Díez RIPOLLÉS, aunque no siempre por él mismo compartidos, argumentos de política criminal de diversa índole: así, entre los que interesan a la opinión defendida en esta investigación, por ejemplo, el que sostiene que, a falta de una demostración criminológica del efecto nocivo de ese consumo, habría que dar prioridad a la *libertad* de la persona que conscientemente lo elige (*in dubio pro libertate*); o bien, la idea de que *prohibir totalmente* el uso de dicho material, por lo general, vendrá a desarrollar un efecto más bien propagandístico y es-

de tal decisión político-criminal (aunque no sea factible otra opción *de lege lata*): en particular, considerando que hoy en día casi todos los supuestos de posesión se referirán a material pornográfico de índole y origen informático. Así, la forma de adquisición de éste será normalmente a través de Internet, ya sea en virtud de la transmisión de los contenidos por parte de un poseedor anterior individualizado, ya sea accediendo el adquirente de forma directa a un foro o un sistema de archivos anónimos o colectivos en los que se oferte y almacene la información; de tal modo que habrá que buscar nuevos criterios jurídicos para un problema también muy actual. A este respecto, tanto la jurisprudencia (al menos, la del *Bundesgerichtshof* germano) como la doctrina interesadas se han ocupado de redefinir el concepto de *difusión* de pornografía cuando ésta tenga lugar de computador a computador, divergiendo sin embargo las opiniones en cuanto al momento y la acción concreta con la que efectivamente se habrá producido dicha transmisión, y, por tanto, habrá dado comienzo el estado jurídico de la *posesión*. Así, la mayoría de la literatura penal alemana exige que en el caso de envío de información por Internet o vía telemática, la misma se encuentre ya almacenada en el disco duro del ordenador o en otro soporte o medio permanente de conservación de los datos, situado en el ámbito o esfera de disposición del sujeto (por ejemplo, en un disquete)⁷⁰. A su vez, con esta opinión coincide algún

estimulador del tráfico, siendo además en términos prácticos *irrealizable*; o la de que, si bien la despenalización parcial de la pornografía no impedirá las consecuencias perniciosas que para la juventud e infancia pueda ocasionar su distribución (a saber, no evitará que los menores consigan en algún caso acceder a ella), está demostrado que tampoco una criminalización absoluta de tal comercio lo ha logrado ni puede hacerlo; o asimismo, el dato de que la penalización sólo limitada, a través de preceptos reglamentarios, ha conducido satisfactoriamente en ciertos países a una reducción efectiva del tráfico, etc. (págs. 530 a 537, señalando en última instancia Díez RIPOLLES que, a su juicio, la difusión de pornografía debe ser estimada delito y recibir una pena adecuada). Y a este respecto, me pregunto, ¿cabe considerar similares criterios, *mutatis mutandis*, en cuanto a una despenalización *parcial* del empleo de pornografía infantil, pensando en la conducta de simple *consumo* por parte de personas autónomas, libres y adultas?

⁷⁰ *Vid.*, por todos, LENCKNER, T./PERRON, W. EISELE, J., *SK-StGB, cit.*, págs. 1622 y 1623, marginal 15: únicamente se consuma la posesión cuando se almacenan los datos de forma duradera en el disco duro del ordenador. Igualmente, da testimonio de ese «estado de la cuestión» en la doctrina HARMS, Sven, «*Ist das „bloÙe« Anschauhen von kinderpornographischen Bilder im Internet nach geltendem Recht strafbar?*», *NStZ* 2003, págs. 646 a 650 (648). Asimismo TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1188, marginales 20 y 23, admiten que este es el caso más indiscutible de *posesión* de tal material pornográfico informático (y hasta ahora, opinión predominante). En sentido muy parecido y como ya se comentó *supra*, señala SIEBER, U., «*Die rechtliche Verantwortlichkeit...*», *cit.*, pág. 17, en relación con los proveedores de servicios en Internet, que sólo podrá entenderse que éstos *tienen a su disposición* determinada información (y lo mismo podrá afirmarse, entiendo, de cualquier usuario) si *ostentan*

autor español⁷¹, si bien otros, aunque con anterioridad a la reforma de 2003, criticaban lo disparatado que podría resultar castigar como posesión la simple conducta de acceder a la pornografía infantil en Internet, consultarla y descargarla (es decir, grabarla) en el disco duro del ordenador⁷². En cualquier caso, como puede apreciarse, la postura científica más extendida afirma que simplemente con reclamar o abrir, acceder a los datos en la Red y *contemplar* las imágenes en la pantalla, no resulta perpetrado el tipo de posesión⁷³. En cambio, debería esperarse hasta el almacenamiento efectivo de las mismas en el propio soporte de información o la memoria del ordenador.

En este contexto, el *Bundesgerichtshof* germano, seguramente con la intención de proteger los intereses del menor, ha llegado algo más lejos que la doctrina, aunque en principio únicamente en relación con el concepto de *difusión* de los datos informáticos, al entender que para realizar dicha conducta es suficiente con que los contenidos, imágenes, etc. se transfieran de forma electrónica y accedan a la llamada *memoria de trabajo* del computador, es decir, se descarguen en la pantalla o monitor del mismo⁷⁴. A partir de similar argumentación, pues, algunos

el dominio sobre los datos concretos que se encuentren grabados o almacenados, es decir, si tienen la posibilidad tanto de bloquearlos como de eliminarlos o borrarlos; y del mismo modo, sin ninguna duda, cuando se hayan grabado en el propio sistema informático.

⁷¹ Así, ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal...*, cit., págs. 294 y 295.

⁷² Vid. MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios...*, cit. (2002), pág. 375, indicando que semejante posibilidad, aunque pudiera ser entendida por algunos como «el precio a pagar por una tutela efectiva», podría acabar reportando más inconvenientes que ventajas.

⁷³ Vid., de nuevo, ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal...*, cit., pág. 295: sólo contemplar el material en la pantalla del ordenador, tras haberlo buscado en la Red, no es posesión punible.

⁷⁴ A propósito de ello, véase la reseña de la Sentencia del BGH de 27 de junio de 2001, ya antes mencionada, en la revista *Afp, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* (por ejemplo), n.º 4/2001, págs. 282 y 283: la difusión de pornografía infantil a través de Internet se consume, en efecto, en cuanto que los datos llegan al ordenador de uno de los usuarios, con independencia de que una vez allí accedan sólo a la citada memoria de trabajo, o bien incluso ya a un soporte o medio de archivo permanente. El BGH hizo descansar su decisión, como señala HARMS, S., «Ist das „bloÙe» Anschauen...», cit., pág. 647, en la nueva definición otorgada por la *Ley de servicios de información y comunicación* de 22 de julio de 1997 (*Informations- und Kommunikationsdienstegesetz, IuKDG*) al concepto jurídico de «material» («*Schriften*»). De acuerdo con dicha reforma, pues, dentro de la noción de *material pornográfico* se incluirían, además de las fotografías, películas, publicaciones, etc., asimismo todo «soporte de datos» y, por lo tanto, también la propia «memoria de trabajo» del ordenador. (La mención específica a esta última apareció recogida en la Exposición de motivos o «Fundamentación» del proyecto legislativo del Gobierno para esa Ley). En consecuencia, se equipara la grabación de las imágenes en dicha memoria provisional con su almacenamiento definitivo en el disco duro del PC, o en un CD, etc..

autores han considerado también, en lo que afecta a la *posesión*, que ésta quedará consumada cuando los datos se hayan descargado en la memoria de trabajo del usuario, aunque todavía no se hubieran almacenado o grabado de hecho en la memoria permanente o disco duro del ordenador. De esa manera, sería suficiente con la mera posibilidad de que en cualquier momento se almacenaran o guardaran dichos contenidos⁷⁵. En este sentido, dicha jurisprudencia recuerda al punto de vista sostenido por el Tribunal Supremo español en relación al tipo de tenencia de droga, según el cual resulta suficiente para apreciarlo con una *posesión mediata* de ésta: es decir, con aquella situación en la que el individuo, aunque no detenta todavía físicamente la sustancia, sí puede procurarse la misma, sí puede disponer de ella, y ésta queda «sujeta a su voluntad» (se habla de posesión *espiritual*, a *distancia*, etc.)⁷⁶. De conformidad con semejante tesis, pues, bastaría con la entrada de las imágenes pornográficas en la memoria de trabajo del ordenador al objeto de estimar un delito de posesión, ya que dicha presencia permitiría en cualquier momento la grabación de éstas en otros soportes de naturaleza permanente.

Sin embargo, no toda la doctrina alemana coincide al extraer tales conclusiones a partir de dicha jurisprudencia de su Tribunal superior, sino que, de acuerdo con la opinión mantenida por otro sector, aquel fallo judicial se habría referido exclusivamente al concepto de *difusión* de imágenes pornográficas, para el que basta simplemente con «poner en camino los datos», mientras que se habría dejado abierta la interpretación del término típico *posesión* y de la expresión «procurarse la posesión», así como la cuestión acerca de si la mera entrada de la información en la memoria de trabajo del ordenador sería también suficiente desde la perspectiva del receptor, a efectos de adquirir dicha posesión. Por lo tanto, según esta exégesis, en relación a la conducta de tenencia del material será en principio necesario, como decíamos, que la información se encuentre ya grabada en un soporte de datos permanente a disposición del destinatario⁷⁷.

⁷⁵ De ahí que pueda afirmarse, como se ha expuesto en párrafos anteriores, que el servidor o proveedor de servicios o de acceso a Internet, a modo de intermediario, también realiza el tipo, asimilándose a posiciones de *autor* de las conductas de difusión o posesión. De esta forma interpretan tal jurisprudencia del BGH, aunque con un talante crítico hacia ella, TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch...*, cit., pág. 1188, marginal 20.

⁷⁶ *Vid.*, en especial, las Sentencias del TS de 8 de julio de 1998 (RJ 1998/6233) y de 20 de enero de 2001 (RJ 2001/182). Además, la de 12 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7389); las de 12 de febrero, 1 de marzo, 18 de abril y 20 de octubre de 1997 (con RJ, respectivamente, 1997/726, 1997/1818, 1997/2998 y 1997/7672), y la de 21 de junio de 2001 (RJ 2001/5601).

⁷⁷ A propósito de esta disyuntiva, puede comentarse también la ya mencionada Sentencia del *Oberlandesgericht* de Hamburgo de 3 de mayo de 1999, *NSiZ-RR* 1999,

Además, atendiendo a criterios de carácter *técnico*, se ha negado la posibilidad de estimar la presencia de los datos en la memoria de trabajo del ordenador como posesión punible de un material pornográfico (tal y como exige la ley), entendiendo supuestamente que dicha memoria, considerada en su totalidad y como un «soporte de datos» pudiera entrar de hecho en aquel concepto de «material»⁷⁸. Así, se indica, la función de ese registro se asemeja a la de un simple televisor, y los contenidos que aparecen en él no permanecen más que durante el tiempo de su proyección en la pantalla, desapareciendo sin posibilidad de recuperación de los mismos —a no ser que se hayan registrado antes en el disco duro— en cuanto que se «abre» otra dirección de Internet o se desconecta el ordenador. En ese sentido, no cabe sostener que la memoria de trabajo tenga por *objeto* o *contenido* dato alguno, ya que para ello sería preciso que la información ostentara una cierta durabilidad o estabilidad, mientras que la fijación de las imágenes en este caso no pasa de ser meramente «volátil». Por lo tanto, esa memoria no podrá ser considerada como un verdadero «soporte de datos» o «material» en los términos que contempla la normativa. Y en consecuencia, el hecho de tenerla disponible, como parte del mismo computador, al igual que los datos que se asientan provisionalmente en ella, no podrá apreciarse como posesión punible ni equipararse con la relación de dominio durante un cierto tiempo que se reclama como fundamento del tipo previsto

págs. 329 y 330, sobre el caso de un estudiante que, utilizando los servicios informáticos de su Facultad, había accedido a determinadas páginas obscenas, descargándose a continuación en medios de soporte propios, como disquetes o incluso el disco duro de su ordenador personal, hasta 32 imágenes de menores. A su vez, dicho individuo había entrado en un chat dedicado a estos contenidos de pornografía dura, intercambiándose fotografías con otros usuarios. Pues bien, dado que en tal supuesto la prueba del efectivo apoderamiento y posesión del material no representaba dificultad alguna, en la medida en que se encontraron en poder del sujeto los citados soportes de datos, el *Oberlandesgericht* pudo dejar expresamente *abierta* la pregunta en torno a si bastaría la presencia de la información en la simple memoria de trabajo del computador a efectos de considerar satisfechos los requisitos de la posesión típica (teniendo en cuenta que con esa simple grabación provisional, las fotografías únicamente serían visualizables en el monitor, pero aún no susceptibles de permanecer o conservarse de forma duradera). Y en ese sentido, sostiene la sentencia que el acusado en este proceso se habría situado en posesión de las correspondientes imágenes, «como muy tarde», en el momento en que las registró en su propio ordenador.

⁷⁸ Y sin embargo, tal fue precisamente la opinión que el BGH expresó en su ya comentada Sentencia de 27 de junio de 2001, *NStZ* 2001, pág. 597: a saber, que la memoria de trabajo electrónica también se incluye en el concepto legal de «material» (*Schriften*), donde no sólo caben ya creaciones corporales de una cierta duración, sino también soportes o memorias de datos electrónicas o de otra naturaleza, que en su caso incorporen contenidos espirituales, abstractos, sólo perceptibles a través de medios o aparatos de carácter técnico.

en el art. 189.2 CP⁷⁹. De igual forma, quizá cabría en este punto recordar la opinión acuñada por nuestro Tribunal Supremo en relación con el concepto de posesión *mediata*, mencionada *supra*⁸⁰, debiendo concluirse, a mi juicio, que tal noción no puede sin embargo emplearse en el marco del delito de posesión de pornografía infantil, puesto que la naturaleza, en sí ya desproporcionada, de éste, aconseja apreciar su consumación sólo en aquellos supuestos más indiscutibles: es decir, a partir de que se adquiriera la disposición material sobre la cosa y las facultades características del propietario.

No obstante, la solución teórica restrictiva que acabamos de exponer se enfrenta con una importante dificultad derivada de las condiciones técnicas de los sistemas y equipos informáticos, en la medida en que cuando se transmiten o descargan determinados datos desde Internet, accediendo en primer lugar a la memoria de trabajo del computador, esa información, por regla general, pasa también a ser grabada de forma automática en la llamada antememoria de reserva o «caché» del ordenador, situada en el disco duro del mismo⁸¹. En concreto, la voz inglesa «cache», traducida al castellano, significa «escondite» o «almacén secreto», y precisamente su peculiaridad desde el punto de vista tecnológico consiste en que en esta memoria, presente sobre todo en los computadores de última generación, se graban de modo mecánico, sin que el usuario deba expresamente disponerlo, aquellas direcciones y contenidos de la Red consultados

⁷⁹ Así se expresa SIEBER, Ulrich, en *Handbuch Multimedia Recht*, C. H. Beck Verlag, VVAA. (dirig. por HOEREN, Thomas y SIEBER, Ulrich), München, 2000, Parte 19, págs. 240 a 243 (marginal 627), aunque admitiendo que esas imágenes registradas en la memoria de trabajo sí constituyen en principio, según los términos de la ley, un *material pornográfico* (pero, claro, su posesión efectiva exige la materialización o corporeización de las mismas en un soporte de datos de carácter estable). Igualmente, vid. HARMS, S., «Ist das „bloÙe» Anschauen...», *cit.*, págs. 649 y 650: este autor tiene en cuenta, a efectos también de negar que dicha memoria de trabajo sea un soporte de datos idóneo, la definición de «medio de soporte» prevista por la nueva *Ley de Protección del Menor (Jugendschutzgesetz)* de 2002 (referida, entre otros supuestos, a la tutela frente a la exhibición de pornografía y demás informaciones perjudiciales para los jóvenes): así, tal norma, al contrario que la *Ley de servicios de información y comunicación* de 1997 (ver nota 73), no incluye en ningún caso dicha memoria de trabajo en la citada categoría de «medio de soporte» (*Trägermedium*). Del mismo modo, atiende HARMS al hecho de que, por ejemplo, aquellos datos que se transfieren de un ordenador a otro *inmediatamente en tiempo real* (vg., retransmisión de imágenes televisivas, o cuando en la Red de telecomunicaciones se graban los contenidos de modo provisional a efectos de poder emitirlos *en tiempo real*) no se consideran como almacenados en soporte material alguno, por lo que el trato con los mismos, su transmisión, no se define como *posesión* punible.

⁸⁰ Véase la jurisprudencia ya citada en la nota 75, y, sobre todo, las SSTs con RJ 1998/6233 y 2001/182.

⁸¹ Vid. LENCKNER, T./PERRON, W. EISELE, J., *SK-StGB*, *cit.*, pág. 1623, marginal 15.

por él, a fin de facilitar en el futuro un acceso más rápido a esas páginas. Al contrario de lo que sucede con la ya comentada memoria de trabajo, además, dichos datos permanecen registrados en el *caché* incluso finalizada la conexión a Internet y aun después de apagar el ordenador, continuando disponibles hasta que, en función de la intensidad y frecuencia con que el internauta se introduzca en la Red, resulten sustituidos por nuevas referencias. Por lo tanto, podría hablarse en estos ejemplos de una estabilidad o continuidad suficiente de la «aparición» de los contenidos, de manera que quedaría satisfecho el tipo *objetivo* de la posesión⁸².

Y tomando nota de esta particularidad técnica, una tercera opinión doctrinal habría sostenido que, almacenados los datos ilícitos en el registro *caché*, cometerá la conducta típica de posesión quien siendo consciente de su existencia no proceda a eliminarlos⁸³. En cambio, no podrá atribuirse responsabilidad penal a aquel usuario que no haya llegado a percatarse de dicho trasvase automático de la información⁸⁴. Y en efecto, el mayor obstáculo que supondría la aplicación de esta regla atañe precisamente a la prueba del dolo en la conducta, dado que el «internauta medio», por lo general ignorante de tales pormenores técnicos, no habrá contado con esa (casi oculta) traslación instantánea de los datos, así que no podrá atribuírsele una posesión *consciente* en el sentido del art. 189.2 CP. Por consiguiente, se indica, pese a que el acceso a las fotografías, filmaciones, etc. en Internet pueda implicar desde un enfoque objetivo, y dependiendo de la propia configuración material del ordenador que se haya empleado, un comportamiento efectivo de posesión, en la mayoría de las ocasiones no logrará finalmente castigarse como tal. De ahí que cierta opinión doctrinal germana se haya planteado si no resultaría oportuna una nueva redacción del tipo penal (§ 184.b.IV StGB) en orden a conseguir la inclusión de tales hipótesis: y es que, se afirma, partiendo de que el objetivo del legislador sea en verdad la erradicación del mercado relativo a la pornografía infantil, también debería reprimirse semejante acto de simple contemplación, incluso sin un registro de las imágenes en el *caché*, o en el disco duro del or-

⁸² Vid. HARMS, S., «Ist das „bloÙe« Anschauen...», *cit.*, pág. 650, así como TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1188, marginal 20.

⁸³ Véase SIEBER, U., *Handbuch Multimedia...*, *cit.*, marginal 627.

⁸⁴ Ello se explica porque, como se viene sosteniendo, no basta con la simple *visualización* de las imágenes en la pantalla del ordenador, a través de su presencia «fugaz» en la memoria de trabajo, para apreciar un comportamiento de *posesión*. De esta opinión, *vid.* por todos SIEBER, U., *Handbuch Multimedia...*, *cit.*, marginal 625. Sobre dicha tercera corriente doctrinal, en general, HARMS, S., «Ist das „bloÙe« Anschauen...», *cit.*, pág. 648.

denador, disquete, etc. A este respecto, empero, habría que distinguir muy cuidadosamente entre esos usuarios que sólo hubieran «chocado» de forma casual e involuntaria con tales contenidos en la Red y aquellos otros que sí revelaran un interés penalmente relevante en dicha información⁸⁵. Y para ello podrían tomarse como indicadores tanto la intensidad (frecuencia) como la extensión temporal de ese «disfrute» de las páginas prohibidas⁸⁶.

En tal sentido, resulta especialmente digna de atención la resolución dictada por la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Stuttgart de 27 de febrero de 2002, en relación con un usuario que, conectándose a un servidor de pornografía infantil durante un tiempo de casi 30 minutos, se detuvo en descargar manualmente a su ordenador personal, una por una, las 46 fotografías de menores disponibles en dicha dirección. Así, la notable duración del acceso a Internet, así como el verdadero interés y empeño demostrados en esa clase de material, sirven al Tribunal en este supuesto como indicios suficientes para apreciar un consumo deliberado de pornografía, guiado por un profundo anhelo de naturaleza sexual, distinto de lo que hubiera sido, en cambio, una aproximación fortuita, ocasional, a semejantes contenidos. De tales circunstancias se deduce, entonces, que el usuario pretendía disponer de los datos de una forma más que

⁸⁵ En torno a este aspecto, SIEBER, U., *Handbuch Multimedia...*, cit., pág. 241, marginal 623: al ser el tipo de «procurarse la posesión» de carácter doloso, no lo realiza quien en uno de los denominados «grupos de noticias» en Internet, utilizando un nombre o «alias» inofensivo, sin segunda intención, recibe para su visualización una imagen de pornografía infantil, o bien se la encuentra sin esperarlo en su cuenta de correo electrónico, o como publicidad no deseada, etc. A su vez, en relación con la modalidad típica de mera *posesión*, tampoco cometerá tal individuo esta conducta si, habiendo recibido dichas fotografías, de inmediato procede a destruirlas o a entregarlas a las autoridades. De lo contrario, siendo este delito de *omisión propia*, el sujeto sí realizará la acción punible (marginal 624). Semejante distinción entre «poseer» y «procurarse la posesión», en cambio, no concurre en la legislación española, aunque sí cabe aplicar este último planteamiento al comportamiento de mera posesión contemplado en el art. 189.2 CP: a saber, la permanencia *consciente* en esa tenencia, por más que su origen haya sido inopinado y accidental, implicará la incursión en el ámbito de relevancia típica. Escépticos con esa posibilidad, en cambio, se manifiestan LACKNER, K./KÜHL, K., *Strafgesetzbuch...*, cit., pág. 776, marginal 8. Por otra parte, a partir de la naturaleza dolosa del tipo analiza SIEBER, *ibídem*, marginal 626, la posibilidad dogmática de una posesión *mediata* en los supuestos de empresas, o incluso universidades, cuyos empleados o estudiantes registren imágenes pornográficas en los ordenadores y archivos corporativos: aquí, a la hora de apreciar una conducta punible por parte de los directores o responsables de esas personas jurídicas será preciso que los mismos hayan tomado conocimiento de la presencia de los datos y de su contenido pornográfico, y, pese a ello, no hayan adoptado medidas para eliminarlos.

⁸⁶ Tal es la postura defendida por HARMS, S., «*Ist das „bloÙe“ Anschauen...*», cit., pág. 650.

provisional, así como guardarlos en un soporte o memoria de su uso privado.

Y partiendo de similares premisas, considera el *Landgericht* que ya se habría traspasado el umbral de la relevancia penal y se habría dado comienzo al comportamiento típico de «*procurarse la posesión*»; y es que el legislador penal germano, al tipificar también esta última modalidad de conducta ha rebajado, incluso más, si cabe, que el español, la frontera mínima de la punibilidad, que daría comienzo ya con la simple *tentativa de procurarse la posesión*, mucho antes de que se consolide esa tenencia en sí. Por lo tanto, según reconoce el Tribunal de Stuttgart, *de facto* bastará en ciertos supuestos con un mero proceder de contemplación de las imágenes para entender que *puede* haberse perpetrado el tipo (es decir, para abrir una investigación judicial y, eventualmente, autorizar un registro del ordenador personal del usuario⁸⁷), con independencia de que, además, esas fotografías aparezcan registradas en el archivo *caché* —amén de, como es técnicamente inevitable, en la fugaz memoria de trabajo—. Ello siempre y cuando, en fin, de las circunstancias globales en las que tenga lugar ese acceso a Internet se pueda deducir que el consumidor no sólo visualiza las imágenes, sino que también ha albergado un deseo (dolo) de preservarlas en su propio soporte de datos⁸⁸. Con ello se habrá traspasado ya, sostiene el *Landgericht*, el límite inferior del tipo de «*procurarse la posesión*» (§ 184.b.IV.1 StGB). De ahí que la mera contemplación implique *per se* «técnicamente el inmediato pri-

⁸⁷ A este respecto, el *Landgericht* señala que en el supuesto descrito resultará legítimo y proporcional permitir un registro policial del computador personal del imputado, pues tal será la única vía técnica posible para averiguar el proceso de descarga de los datos seguido por el internauta (materialmente no cabría, se dice, intentar investigarlo a través del servidor de la información), así como para obtener pruebas, en especial de su disposición *subjetiva* en lo concerniente a tales datos: a saber, si pretendía de hecho grabarlos en un soporte permanente, etc. No obstante, teniendo en cuenta la información aportada por la doctrina y observando cómo se han resuelto los casos policiales más recientes de tráfico de pornografía en Internet (e incluso analizando la legislación en la materia, como se ha indicado en el apartado anterior de este trabajo), todo apunta a que dichas posibilidades técnicas han mejorado desde la fecha de emisión de dicha Sentencia, en 2002, hasta la actualidad, siendo ahora factible, bajo ciertas condiciones, averiguar con la ayuda de los proveedores los datos de esas conexiones a la Red por parte del usuario responsable.

⁸⁸ De la misma forma, coincidiendo con la postura en el fondo defendida por dicha Sentencia del LG de Stuttgart, entienden LACKNER, K./KÜHL, K., *Strafgesetzbuch...*, cit., pág. 776, marginal 8, siguiendo además la opinión mayoritaria y la más tradicional en la materia (a la que nos hemos referido en primer lugar en esta exposición), que la simple entrada de los datos incluso en el *caché*, cuando falte en el sujeto siquiera la *intención* (dolo) de grabarlos en soportes *proprios* de índole permanente, resultará no punible.

mer grado», y un paso previo imprescindible de tal conducta de apoderamiento. Por eso, esta exégesis no perjudica ni contradice, según el Tribunal, el principio general de que la *posesión* no se consuma, por lo común, hasta que no se almacena la información en el disco duro del ordenador, en una cuenta de correo electrónico o en el mismo registro *cache*⁸⁹.

Sin embargo, como se han encargado de ponderar algunos autores, y según la postura que asimismo se defiende en este trabajo, sostener esa opción interpretativa proclive a castigar el mero comportamiento de consumo implicaría realmente aproximarse «de forma inquietante» a una política *penal* de represión del puro y simple pensamiento, lo cual no puede de ningún modo tolerarse en el marco del Estado de Derecho. Y aún más criticable se antoja la mencionada posibilidad, prevista en la normativa germana, de sancionar con la pena de la consumación incluso la *tentativa* de hacerse con el material pornográfico, de modo que ya la búsqueda (también la que resulte infructuosa) de las correspondientes páginas en Internet podría ser vista como un «inmediato comienzo de la ejecución»⁹⁰. Tal argumentación implica, en verdad, la indeseable y absolutamente desproporcionada consecuencia de que sea posible castigar un comportamiento *a lo sumo* inmoral, y carente de todo efecto externo reconocible⁹¹. Y en especial, tal crítica cobra intensidad si se recuerda que el *Strafgesetzbuch* alemán reprime desde 1997 con carácter unitario⁹² tanto la tenencia de pornografía infantil estrictamente *real*, y por lo tanto elaborada mediante la intervención efectiva de menores de edad, como, según los términos exactos empleados por el legislador, la del material pornográfico «que reproduzca un suceso cercano a la realidad»: es decir, precisamente *no real*. De esa forma, lograrían abarcarse aquellos supuestos en los que según la apariencia externa se representara un hecho real, pero sin que pudiera excluirse que se tratara de una representación ficticia, por ejemplo, generada por ordenador, o confeccionada mediante un fotomontaje, o con trozos o

⁸⁹ Sentencia recogida en *NStZ* 2003, págs. 36 y 37.

⁹⁰ *Vid.* TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1188, marginal 20: no sería digno de ese Estado de Derecho perseguir como un injusto penal el simple comportamiento de observar o contemplar «imágenes prohibidas» en la pantalla del ordenador, «e incluso el hecho de intentarlo».

⁹¹ *Ibidem*, marginal 21.

⁹² En concreto, a partir de la vigencia de la *Ley de servicios de información y comunicación* de 22 de julio de 1997 —*Informations- und Kommunikationsdienstegesetz, IuKDG*—, siendo la sanción prevista (a su vez, desde la *Ley de reforma de los delitos sexuales (SexualdelÄndG)* de 27 de diciembre de 2003) la de hasta dos años de privación de libertad (antes no podía superar el año).

retazos de imágenes, etc.⁹³. Por consiguiente, lo único que en verdad se estaría sancionando en este caso sería un supuesto resultado general de puesta en peligro de la indemnidad sexual de los menores⁹⁴ a partir de un comportamiento socialmente reprobado de mera concepción de fantasías, de manera que se estaría adelantando desmesuradamente lo que ya en sí constituye una intervención estatal muy gravosa, como es la de naturaleza penal⁹⁵.

V. Conclusiones

1. *Razones por las que la conducta de posesión de pornografía carece de relevancia penal suficiente y merece ser destipificada.*

En definitiva, nuestros razonamientos vuelven a conducirnos a la tesis ya sostenida previamente en esta investigación: no parece la solución más correcta intentar salvaguardar el interés del menor como posible víctima del fenómeno de la pornografía infantil a través de la sanción penal de la conducta de simple consumo o visualización de dicho material obsceno por parte de personas adultas y con plena capacidad jurídica. No obstante, no podemos obviar el riesgo de contradicción y la propia fragilidad argumental que encierra una postura tal, partidaria de extraer el comportamiento de mera *posesión* del marco de relevancia penal pero, al mismo tiempo, transigente con que se persigan los actos de *tráfico*, cuando éstos sin embargo se encuentran igualmente ya alejados del hecho principal de abuso sexual como directamente lesivo para la indemnidad del menor en este contexto. Así, de la misma forma que se alega en relación a la simple *tenencia* del material, también por lo que respecta a su *difusión* puede afirmarse que el suceso fundamental del maltrato sexual ya se encuentra más que agotado (y, en todo caso, sometido por la ley a un adecuado castigo) en el momento en que tiene lugar esa segunda fase de transmisión de las imágenes o documentos pornográficos. Por lo tanto, si el motivo para rechazar la sanción de la mera posesión es

⁹³ Vid. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/ROGGENBUCK, Ellen, en *Leipziger Kommentar, Grosskommentar zum StGB*, 11.ª ed., entrega n.º 38, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 2000, pág. 127, marginal 2.

⁹⁴ De esta opinión, asimismo, ROJO GARCÍA, J.C., «*La realidad...*», *cit.*, 1999, págs. 249 y 250: tal conducta únicamente podría ocasionar «una afectación general a la infancia», debiendo por tanto calificarse, a lo sumo, como «socialmente inconveniente».

⁹⁵ Con esta postura, TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.ª ed., C. H. Beck Verlag, München, 2004, pág. 1234, marginal 21.

precisamente el de falta de lesividad contra el bien jurídico, resulta lícito preguntarse dónde han de situarse en verdad los límites de la trascendencia penal, de la tipicidad, por qué éstos habrían de encontrarse más adelante y no antes, por qué razón habría de incluirse un comportamiento y no el otro, etc.⁹⁶. Y en especial, habida cuenta de que el delito de tráfico de pornografía infantil (art. 189.1. letra b) CP) no requiere según su configuración legal del factor del ánimo de lucro, así como tampoco de que se comercie con una determinada «cantidad» o «volumen», ¿qué explicaciones podrían apuntarse a fin de sostener razonablemente que deba seguir penándose a quien dirige una red de distribución de fotografías en Internet y, en cambio, no convenga continuar castigando al usuario particular que intercambia de forma gratuita una o varias de esas imágenes con otro internauta?

Pues bien, la justificación sustancial habría de ser doble: por un lado, debería contemplarse la circunstancia de que la posesión simple de pornografía infantil, destinada exclusivamente al disfrute individual y para el ámbito cerrado, inaccesible a terceros, de la privacidad personal, constituye claramente el último eslabón de la cadena de anti-juricidad penal en este contexto típico, y, por consiguiente, la conducta con un menor contenido de desvalor. En consecuencia, cabe defender la tesis de que si alguno de estos comportamientos sucesivos ha de decaer en su significación o entidad de injusto penal ése sea precisamente el de la mera tenencia. Por otro lado, también parece innegable que la actividad de distribución del material, cuando se lleva a cabo por parte de sujetos distintos, en principio, de la persona del consumidor y para un espectro de destinatarios más amplio e indeterminado que el círculo restringido de emisor-receptor (en el marco del

⁹⁶ En relación también con este aspecto de los límites de la relevancia penal se pronuncia MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, cit., págs. 326 y 327, si bien en sentido contrario al expresado *supra*, en la medida en que la pregunta para este autor no sería «por qué, de *lege ferenda*, la posesión ha de quedar impune, y el tráfico, no», sino «por qué, de *lege lata*, la simple posesión es punible y, en cambio, la asistencia a espectáculos pornográficos, no». Sobre la dificultad para incluir esta asistencia en alguno de los tipos penales vigentes, sobre todo bajo la regulación anterior a la reforma de 2003, que no contemplaba la actual modalidad de *financiación* del tráfico, *vid.* CARMONA SALGADO, C., *Derecho Penal Español...*, cit., pág. 317. En efecto, constituye ésa otra razón por la cual la tipificación de la mera tenencia no resulta proporcional, ya que no tendría sentido castigar un comportamiento, como el de simple contemplación de las imágenes, que no implica relación directa alguna entre quien lo realiza y los menores afectados y, en cambio, considerar irrelevante el de asistencia a los espectáculos, que sí conlleva dicha relación; más aún cuando la finalidad última de todos estos delitos de pornografía *dura*, como reconocen los autores, consiste en eliminar la demanda de dichos productos al objeto de erradicar el mercado. Por lo tanto, un criterio mínimo de coherencia exigiría despenalizar igualmente la conducta de posesión.

mero intercambio entre usuarios individuales), incorpora elementos de una mayor peligrosidad en lo concerniente al bien jurídico pretendidamente protegido —pensemos en la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor víctima—. A saber, la conducta de difusión de esa pornografía, más allá de un ámbito estrictamente «privado» o, podríamos decir incluso, «familiar», «amistoso», conlleva la posibilidad de incitar al consumo a personas *hasta ese momento ajenas* a este peculiar círculo de intereses, amén de que, en general, presenta capacidad para hacer llegar el material ilegal a un número mucho más elevado de personas (de ahí su mayor contenido de injusto).

Por el contrario, mientras que el fenómeno de la enajenación se mantenga circunscrito al reducido perímetro de dos individuos que, a la sazón, manifiestan ya de antemano dicha tendencia pedófila, ese acto no encierra mayor riesgo para el citado bien jurídico, en la medida en que no supone una expansión del mercado más allá de sus extensiones actuales, ni un fomento del consumo. Pensemos en que las dos personas que se intercambian dicho material informático, de por sí ya se encuentran dentro de este ámbito, ya ostentan tal necesidad y buscarán por tanto el modo de satisfacerla, sea o no por medio de su concreta demanda (o, por ejemplo, a través de actos de exhibicionismo, o incluso sólo mediante comportamientos absolutamente inofensivos desde el punto de vista social y jurídico-penal, como pueden ser el contacto amistoso con menores, o la elucubración mental de fantasías, el fetichismo, etc.), de tal forma que la represión penal de esa posesión carece de antemano de toda eficacia preventiva⁹⁷. Por lo tanto, como manifestaba ya alguna jurisprudencia mencionada *supra* en relación a la conducta de posesión, no puede aceptarse una regulación penal que sancione por igual todos los supuestos, tanto los de aquellos consumidores que resulten inocuos, que carezcan de efectiva peligrosidad en relación con los intereses tutelados (al parecer, la mayoría), como los de quienes sí puedan, en un momento dado, decidir materializar sus obsesiones sexuales en un acto de directa agresión. Y en base a tales razones, teniendo sobre todo en cuenta que dichos comportamientos de concreta violencia sexual ya se sancionan de modo autónomo por medio de los correspondientes tipos de abusos o agresiones sexuales, podría declararse como oportuna la destipificación de la simple posesión privada de dichos documentos.

A su vez, cabría trazar una vía alternativa en orden a fundamentar esta misma posición teórica: para ello procedería retornar a la propuesta interpretativa apuntada por ciertos autores en el sentido de

⁹⁷ Con este enfoque, *vid.* asimismo MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático...*, *cit.*, págs. 323 y 324.

considerar los tipos previstos en el art. 189.1, letra b) y 2 del CP como atentatorios, en realidad, contra, entre otros, los derechos a la *intimidad* y a la *propia imagen* del menor. Así, podría afirmarse, una vez consumado sobre la persona del niño o joven el hecho del abuso sexual, acto destinado en la hipótesis concreta a la captación de imágenes y/sonidos de carácter obsceno, el resto de los comportamientos consistentes en la grabación de dichos registros, la utilización a esos fines de medios tecnológicos sofisticados, la producción técnica del material y su difusión desautorizada a terceros, vienen a afectar exclusivamente a la dignidad, intimidad, etc., del menor, y no ya a su indemnidad sexual propiamente dicha. En consecuencia, algo semejante podría apreciarse en relación con la *posesión* de aquellas imágenes pornográficas, conducta que tampoco sería ya reconducible al apartado de los delitos contra la indemnidad sexual. Sin embargo, como se indicó *supra*, dicho acto concreto de la *posesión de datos personales* (entre ellos, las imágenes del menor desnudo, o con un contenido obsceno) *ilegítimamente obtenidos* (en la hipótesis del menor víctima será *ilegítima* cualquier información relativa a su intimidad que pretenda utilizarse en contra de sus intereses), no concurre entre las modalidades de actuación típica definidas en el art. 197 CP⁹⁸. Así, tal y como se desprende de la experiencia cotidiana, la visualización o disposición privada sobre imágenes de terceras personas ilícitamente conseguidas no constituye infracción penal alguna —recordemos, por ejemplo, los supuestos de fotografías de personajes famosos «robadas» mediante teleobjetivo y después vendidas a la revista rosa de turno—. En la misma línea, siguiendo la premisa inicial citada, podría negarse la relevancia penal de la mera posesión de documentos relativos a la esfera de intimidad del menor, en este caso los de naturaleza sexual, de tal forma que incluso desde dicha perspectiva se sugeriría la despenalización del comportamiento.

2. *Motivos por los que la libertad de expresión y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del consumidor de pornografía pueden prevalecer en la ponderación jurídica sobre otros intereses implicados*

Por otro lado, resultaría igualmente conveniente evaluar la racionalidad o irracionalidad del castigo penal de la simple posesión de

⁹⁸ Sobre la interpretación de estos delitos de difusión de datos especialmente sensibles, de naturaleza personal, *vid.* GÓMEZ NAVAJAS, J., en *La protección de los datos personales*, ya citada.

pornografía infantil desde la perspectiva de que tal incriminación suponga una restricción a la libertad de expresión en aras de proteger la *moral pública o colectiva*, de acuerdo con lo que se ha sostenido en apartados anteriores. A este respecto, y tomando como guía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación a la difusión de pornografía «blanda», ha de afirmarse, en primer lugar, que cualquier limitación del mencionado derecho a la libre expresión deberá cumplir determinadas *garantías* a fin de evitar que bajo planteamientos éticos —aunque ya estén recogidos en la ley, por cuanto se requiere un «*mínimum ético*» para el desarrollo normal de la vida social-, se ocasione una *limitación injustificada* de una libertad que presenta una importancia *central* en el sistema jurídico democrático. Es decir, dichas medidas restrictivas del derecho fundamental habrán de ser *necesarias* a efectos de preservar algún bien jurídico esencial, además de adecuadas al criterio de la *proporcionalidad*, del mismo modo que su aplicación deberá restringirse a la *finalidad* expresa para la que hayan sido adoptadas, sin extenderse a otros supuestos. Y en tal sentido, en cuanto al aspecto de la proporcionalidad, la libertad de expresión se reconoce como protectora no sólo de informaciones «inofensivas e indiferentes», o generalmente aceptadas, sino también de «aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población», de acuerdo con la premisa del pluralismo político. Así, al objeto de discernir si una norma concreta (en este caso, penal), limitadora de la libre expresión, resulta proporcional y adecuada a los fines para los que fue creada será recomendable tener en cuenta «las circunstancias concurrentes». Por lo tanto, en lo que hace ahora al tipo penal de simple posesión de pornografía infantil habrá que ponderar, a mi juicio, no sólo el contenido exacto del material o su forma de elaboración, sino también las características particulares de la *forma concreta de comportamiento* que se examina, aunque éste ya afecte, de modo más o menos acentuado, a ciertos bienes jurídicos, como son los de protección del menor específicamente en sus derechos a la indemnidad sexual, intimidad, disposición de la propia imagen, etc.. Y encontrándose tales intereses en directo conflicto con la libertad de expresión, podría suceder, sin embargo, que la menor intensidad y capacidad multiplicadora de la lesión al bien jurídico que implica esa conducta de mera visualización condujeran a privilegiar en este caso la propia libertad de expresión del ciudadano; pues los *límites* a cualquier derecho fundamental no pueden ser de ningún modo absolutos y han de interpretarse de manera restrictiva⁹⁹.

⁹⁹ De esta forma se manifestó ya en su momento la Sentencia del TC 62/1982, de 15 de octubre, reseñada por CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión...*, cit., págs. 249 a 253, si bien dicha resolución acaba afirmando que la publicación pornográfica

De la misma forma, el Derecho penal, en la sociedad plural y compleja en la que se inserta, no debe funcionar como elemento represor y restrictivo de los derechos fundamentales, sino desarrollar una misión positiva de garantía de los mismos: el relativismo y pluralismo ideológico y la conflictividad e interdependencia entre sujetos que definen la vida en común en estos tiempos modernos convierten en necesaria una actitud esencial de valoración y ponderación en el jurista. Por consiguiente, no se puede sostener que existan límites naturales o indiscutibles al ejercicio de la libertad de expresión en el supuesto que nos ocupa; el castigo de un posible uso ilícito de la misma sólo será legítimo cuando se trate de tutelar ciertos bienes jurídicos, así como el sistema de libertades en general, en orden a impedir la vulneración generalizada de dichos intereses¹⁰⁰. En consecuencia, se impone una actitud de prudencia a la hora de establecer el marco de relevancia penal en cuanto al comportamiento de posesión de material pornográfico infantil, ya que, al implicar éste sin duda una manifestación de la libertad individual de expresión del consumidor, y aun de su libertad de conciencia, o bien del derecho al libre desarrollo de la personalidad como presupuesto de ambas, el mismo tendría que resultar, para que su sanción y represión estuvieran justificadas, auténticamente perjudicial e incompatible con los bienes jurídicos de integridad sexual del menor, intimidad, dignidad, etc.. Por lo tanto, y dado que los *límites* al ejercicio de los derechos fundamentales no pueden ser absolutos ni incondicionales, es posible que no *todas* las conductas relacionadas con la pornografía infantil tengan que ser objeto de una expresa represión *penal*, que, al fin y al cabo, supone un mecanismo protector *subsidiario*.

A ello puede añadirse, además, el argumento de la primacía que el Ordenamiento constitucional otorga a la libertad de expresión (y a la de información), como presupuesto imprescindible para la democracia. Se hace alusión, en fin, a su naturaleza institucional y, por lo tanto, expansiva, de tal forma que cuando proceda asignarle restric-

en cuestión (protagonizada por personas adultas) venía a satisfacer los requisitos del antiguo delito de escándalo público, aunque se tiene en cuenta, no obstante, que no siempre ni en todos los casos la pornografía constituye para el Ordenamiento jurídico «un ataque contra la moral pública en cuanto *minimum* ético acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes». Ello aunque en última instancia estima el Tribunal que cuando los menores son sujeto pasivo y objeto de las fotografías, «el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia cobra una intensidad superior».

¹⁰⁰ Vid. ampliamente CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión...*, cit., págs. 63 y ss., acerca de los límites constitucionales al ejercicio de las libertades fundamentales de expresión e información.

ciones habrá que procurar que su contenido no quede *desnaturalizado*, ni *incorrectamente relativizado*, interpretando dichos límites siempre a favor de la libertad, del modo más proclive a su eficacia y esencia. No obstante, esto no supone ignorar que será inevitable la aparición de conflictos, pues el orden social complejo implica la existencia de intereses contrarios. Pero al formar parte todos esos bienes jurídicos involucrados —en nuestro caso tanto el derecho a la intimidad y a la libre expresión del consumidor de pornografía infantil, por un lado, como el derecho del menor a su intimidad y al control de su propia imagen, por el otro, o incluso, la moral pública— de un único sistema jurídico, inspirado en los mismos principios, y siendo entonces unos y otros fines *complementarios* y orientados a la preservación del Estado de Derecho, no cabe más solución que la de analizarlos de modo armónico y compatible. Y para ello, amén de tener en cuenta el destacado rango que sin duda ostentan esos intereses individuales del menor, como unos de los primeros en la escala constitucional de valores, no podrá tampoco olvidarse el papel prioritario que en un Ordenamiento democrático, respetuoso de la pluralidad social, tendrá que jugar necesariamente la libertad de expresión y de conciencia, en concreto en un aspecto tan personal y privado como el de la orientación sexual. En definitiva, a efectos de resolver el citado conflicto habrá que sopesar la entidad de la lesión infligida a los derechos personales de aquél, llegando así, posiblemente, a la conclusión de que el carácter ofensivo relativamente *más leve* o menos trascendente que comporta la conducta de simple posesión, debería inclinar la balanza en favor de la libertad de expresión, que, como se indica, es un principio esencial, preponderante, del orden constitucional¹⁰¹.

A este respecto, tendrá que interpretarse adecuadamente el contenido del límite previsto en el art. 20.4 CE, consistente en que los poderes públicos habrán de proteger en todo caso los intereses y necesidades de los jóvenes y niños a la hora de ordenar jurídicamente el ejercicio de dicha libertad pública por parte de cualquier ciudadano. A juicio de la doctrina, dicha declaración constitucional viene a reflejar la importancia, cuantitativa y cualitativa, de semejante conflicto, concretamente suscitado entre dos grupos de derechos fundamentales, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* preponderante sobre el otro. Así, a tenor del criterio de «unidad de texto constitucional», se trataría de equilibrar ambos valores interdependientes, ne-

¹⁰¹ Sobre dicho valor preponderante, véase con más detenimiento CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión...*, cit., págs. 66 a 68, así como en *Derecho Penal Español...*, cit. (2005), págs. 393 a 397.

gando que el de libertad de expresión (esencial en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad) sea *en todo caso* de inferior rango que los demás, como son en este marco los de intimidad o propia imagen del menor; de tal modo que el ejercicio de la misma sí podría incidir eventualmente sobre el ámbito de éstos. En definitiva, aun considerando los efectos perniciosos que ciertas manifestaciones de la libre expresión podrían arrastrar en cuanto a determinados bienes individuales o sociales, urge reconocer que el objetivo sigue siendo hallar un equilibrio entre valores de rango equivalente, según la función que cada uno de ellos desempeñe en el supuesto concreto y el grado de proporcionalidad que concorra entre el interés protegido y el perjudicado, pero desechando, en todo caso, la idea de que entre ellos exista una jerarquía inamovible¹⁰².

En todo caso, como se ha puesto de relieve en las páginas precedentes, abundan los argumentos favorables a la liberalización del consumo privado de pornografía infantil: en primer lugar, motivos de índole *político-criminal*, en la medida en que no se ha demostrado que su represión resulte necesaria ni eficaz a efectos de prevenir la realización por parte de los propios consumidores de abusos sexuales a menores; al igual que criterios de *legitimidad constitucional*, teniendo en cuenta la incoherencia, al menos parcial, que dicha incriminación supondría con respecto a los citados principios de libertad de expresión y de conciencia, y al derecho fundamental a la intimidad y privacidad; asimismo, fundamentos de entidad puramente *práctica*, si pensamos en las dificultades derivadas de las características físicas y técnicas de Internet, que surgirán a la hora de perseguir el comportamiento del simple usuario individual que visita las páginas ilegales; o también de *técnica jurídica*, ya que, como se ha señalado, no cabe castigar penalmente una conducta de tenencia de material pornográfico no probada como dolosa o que no llegue a satisfacer los requisitos propios de la posesión desde el punto de vista jurídico-civil —es decir, relación material de dominio de una cierta estabilidad temporal—; y, sobre todo, razones de naturaleza *dogmática*, pues el comportamiento en cuestión carece de la suficiente lesividad u ofensividad en relación a los bienes jurídicos individuales que eventualmente podrían entenderse protegidos. Por lo tanto, y como conclusión final, no existe, a mi juicio, *de lege lata* ninguna otra alternativa aceptable más que la de rechazar de modo categórico la tipificación

¹⁰² Desarrolla tales argumentos en un plano general CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión...*, cit., págs. 73 a 78, además de en *Derecho Penal Español...*, cit. (2005), págs. 393 a 397, y en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991: conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor», *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, n.º 47, págs. 573 a 580.

penal del comportamiento de mera posesión de pornografía infantil, proponiendo *de lege ferenda* su futura derogación del texto punitivo español¹⁰³.

Bibliografía

- BÄR, Wolfgang, Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior del *land* de Baviera (*BayObLG*) de 27 de junio de 2000, revista *Multimedia und Recht (MMR)* 2000, págs. 758 a 761.
- CARMONA SALGADO, Concepción, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Edit. Dykinson, 2.ª ed., Madrid, 2005, págs. 308 a 324.
- CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edit. Edersa, Granada, 1991, págs. 63 a 89, 246 a 253.
- CARMONA SALGADO, Concepción, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991: conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, n.º 47, págs. 573 a 580.
- CARMONA SALGADO, Concepción, Recensión a la obra de BOHME, Wolfgang, *Verbot der Pornographie?*, Radius-Verlag, Stuttgart, 1968, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, n.º de mayo-agosto de 1977, págs. 497 a 503.
- 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 y europeos», en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 325 a 373.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. La frontera del Derecho penal sexual*, Edit. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 38 a 45, 82 a 89, 530 a 539.
- EMPT, Martin, «*Virtuelle Kinderpornografie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?*», revista *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 2002, cuadernos 8 y 9, págs. 613 a 620.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Prólogo a la 5.ª ed. del Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 18 a 20.
- GÓMEZ NAVAJAS, Justa, *La protección de los datos personales*, Edit. Civitas, Madrid, 2005.
- HARMS, Sven, «*Ist das „bloÙe“ Anschauen von kinderpornographischen Bilder im Internet nach geltendem Recht strafbar?*», revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2003, págs. 646 a 650.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck Verlag, 25.ª ed., München, 2004, págs. 774 a 777.

¹⁰³ Por su parte, el propio Consejo Europeo, en sus últimos pronunciamientos sobre la materia, adopta una postura algo más tolerante en relación al consumo de pornografía infantil: así, en la Decisión Marco de 22 de diciembre de 2003, aun recomendando la prohibición penal de la simple posesión, se permite que los Estados miembros decidan entre una tipificación total o sólo parcial de dicha conducta, seleccionando las modalidades más graves.

- LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/ROGGENBUCK, Ellen, en *Leipziger Kommentar, Grosskommentar zum StGB*, 11.^a ed., entrega n° 38, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 2000, págs. 126 y 127.
- LENCKNER, Theodor/PERRON, Walter EISELE, JÖRG, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (direct.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, 27.^a ed., München, 2006, págs. 1618 a 1624.
- MORALES GARCÍA, Oscar, «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», en *Delincuencia informática, Problemas de responsabilidad*, VVAA. (dirig. por el mismo), Cuadernos de Derecho Judicial, edit. por el Consejo General del Poder Judicial, n° IX, Madrid, 2002, págs. 181 a 239.
- MORALES PRATS, Fermín, «El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet», en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, VVAA (coord. por el mismo y MORALES GARCÍA, Oscar), Edit. Aranzadi, Elcano, 2002, págs. 95 a 118.
- MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.^a ed., Edit. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 350 a 364.
- MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.^a ed., Edit. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 371 a 375.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.
- ORTS BERENGUER, Enrique, *Derecho Penal, Parte Especial*, con VIVES ANTÓN, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 291 a 299.
- ROJO GARCÍA, Juan Carlos, «La realidad de la pornografía infantil en Internet», en *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 2002, n° 9, págs. 211 a 251.
- SIEBER, Ulrich, «Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDStV», revista *Multimedia und Recht (MMR)* 1999, «Beilage» 2/1999, págs. 1 a 32.
- SIEBER, Ulrich, «Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich», revista *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 1999, cuaderno 3, págs. 196 a 213.
- SIEBER, Ulrich, «Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht», revista *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 2000, cuaderno 2, págs. 89 a 105.
- SIEBER, Ulrich, en *Handbuch Multimedia Recht*, C. H. Beck Verlag, VVAA. (dirig. por HOEREN, Thomas y SIEBER, Ulrich), München, 2000, Parte 19, págs. 240 a 243.
- SIEBER, Ulrich, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, editado por el Ministerio Alemán de Justicia, Bonn, 1999.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M.^a, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Edit. Aranzadi, 2002, págs. 104 a 116, 157 a 159.
- TRÖNDLE, Herbert /FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.^a ed., C.H.Beck Verlag, München, 2004, págs. 1228 a 1235.

- TRÖNDLE, Herbert / FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53.^a ed., C. H. Beck Verlag, München, 2006, págs. 1182 a 1189.
- Sentencia del BGH de 27 de junio de 2001, revistas *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2001, págs. 596 a 598, y *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Afp)*, n° 4/2001, págs. 282 y 283.
- Sentencia del *Oberlandgericht* de Hamburgo de 3 de mayo de 1999, revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport Strafrecht (NStZ-RR)*, 1999, págs. 329 y 330.