



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA”

TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR:

Javier Israel Mora Medina

DIRECTOR:

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

Loja - Ecuador
2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

**DOCENTE DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICO:

Que la presente tesis titulada "**NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA**", efectuado por el señor Javier Israel Mora Medina, ha sido revisado bajo mi dirección; y por considerar que cumple con los requisitos de fondo y de forma, autorizo su presentación ante las autoridades de la Universidad Nacional de Loja.

Loja, Enero del 2015



Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

DOCENTE

AUTORÍA

Yo, Javier Israel Mora Medina, declaro ser el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente, acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma: 

Autor: Javier Israel Mora Medina

Cédula: 1104459761

Fecha: febrero de 2015.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Javier Israel Mora Medina**, declaro ser el autor de la tesis titulada "**NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA**", como requisito para optar al grado de **ABOGADO** en la Universidad Nacional de Loja; autorizo al sistema bibliotecario de esta Universidad para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Institución, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en las Redes de Información (RDI) del país y el exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copias de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los doce días del mes de febrero de dos mil quince, firma el autor.



Autor: Javier Israel Mora Medina

Cédula: 1104459761

Dirección: Calle México entre Brasil y Curazao

Correo electrónico: javier198599@hotmail.com

Celular: 2576843

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Carlos M. Rodríguez, Mg. Sc.

Vocal: Felipe Lozano Gutiérrez, Mg. Sc.

Vocal: Marcelo Costa Cevallos, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo primeramente a Dios, a mis amados padres Dr. Máximo Mora y Sra. María Medina, quienes con infinito amor me han sabido guiar por el camino correcto, a mis queridos hermanos, quienes con su ejemplo de superación me han impulsado para seguir adelante, a mi amada esposa Katherine Ayora y a mis entrañables hijos Tatiana y Javier, quienes me han brindado su apoyo incondicional para culminar con éxito el presente trabajo, a todos quienes colaboraron de una u otra forma para alcanzar esta meta, a todos gracias.

El Autor

AGRADECIMIENTO

Al culminar con éxito el proceso investigativo quiero hacer extensivo mi agradecimiento a las personas que de una u otra manera me han apoyado en el camino hacia la meta trazada; mi agradecimiento profundo e imperecedero a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, por acogerme en sus aulas y brindarme la oportunidad de adquirir los conocimientos necesarios para la vida profesional y personal. De manera especial mi agradecimiento para el Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc., por su valioso aporte, colaboración y tiempo, lo que ha hecho posible que llegue a culminar con éxito esta etapa de mi vida.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA
CERTIFICACIÓN
AUTORIA
CARTA DE AUTORIZACIÓN
DEDICATORIA
AGRADECIMIENTO
TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN.
 - 2.1. Abstract.
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. Definición
 - 4.1.2. La acotación conceptual de la pornografía infantil
 - 4.1.3. Tipos de Pornografía Infantil
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. Aspectos generales relacionados con la pornografía infantil
 - 4.2.2. Datos internacionales
 - 4.2.3. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil motivada por la eclosión del internet
 - 4.2.4. Modalidades de pornografía infantil
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. El tráfico de pornografía infantil en el internet, problemas jurídicos legales.
 - 4.3.2. Efectos psicológicos y sociales de la pornografía
 - 4.3.3. Análisis del Código Civil en lo referente a alimentos
 - 4.3.4. Análisis jurídico del problema de la pornografía infantil
 - 4.3.5. Derecho comparado

- 5. MATERIALES Y MÉTODOS
- 6. RESULTADOS
 - 6.1. Presentación de los resultados de las encuestas
 - 6.2. Presentación de los resultados de las entrevistas
 - 6.3. Estudio de casos
- 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de Objetivos
 - 7.2. Contrastación de hipótesis
 - 7.3. Fundamentación de la propuesta de reforma
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. Propuesta de reforma
- 10. BIBLIOGRAFÍA
- 11. ANEXOS
 - 11.1. ANEXOS 1. Encuesta
 - 11.2. ANEXOS 2. Entrevista

1. TITULO

**"NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL
VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS
POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA
PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA"**

2. RESUMEN

La pornografía infantil en Internet es solo la punta del iceberg. Millones de imágenes recorren el mundo virtual reflejando la realidad más dolorosa: niños y niñas utilizados para satisfacción sexual de adultos. Pero, quiénes son los que la demandan y muchas veces la producen. Qué hay detrás de la pornografía infantil, además del negocio millonario que manejan unos pocos y muchos consumen. Estos son los interrogantes que nos quedaron pendientes al concluir esta investigación. El trabajo de campo realizado en busca de las formas y circuitos que recorría la pornografía infantil en Internet nos derivaba permanentemente a otros contenidos nocivos que atentan contra los niños: apología de la droga, apología de la bulimia y anorexia, sitios destinados a niños con enlaces a páginas de contenido adulto, etc.

Pero especialmente me llamó la atención el espacio dedicado en la red a la pedofilia: imágenes eróticas de niños y niñas que no se consideran pornografía ya que no poseen exhibición de genitales ni involucran actividades sexuales explícitas. Muchos de los sitios son presentados como supuestas agencias de modelos infantiles y/o adolescentes con niñas o niños escasamente vestidos y en poses sugerentes con acceso generalmente tarifado. Foros, Blogs, Comunidades Virtuales, Chat y sitios

Web son el terreno donde, jugando perversamente entre la legalidad y el anonimato, la pedofilia se está organizando.

En el presente informe tratare de demostrar cómo determinados pedófilos, organizados, intentan legitimar sus acciones y revertir el imaginario social con argumentos que, no por inverosímiles resulta menos peligroso. La abundancia de citas textuales tiene como objetivo mostrar el discurso que las organizaciones más representativas de este movimiento poseen, a fin de que el lector pueda sacar sus propias conclusiones.

2.1. Abstract

The infantile pornography in Internet is alone the tip of the iceberg. Millions of images travel the virtual world reflecting the most painful reality: children and girls used for adults' sexual satisfaction. But, who are those that demand her and many times they produce it. What there is behind the infantile pornography, besides the millionaire business that you/they manage some few ones and many consume. These are the queries that we had left pending when concluding this investigation. The field work carried out in search in the ways and circuits that the infantile pornography traveled in Internet derived us permanently to other noxious contents that attempt against the children: apology of the drug, apology of the bulimia and anorexia, places dedicated to children with connections to pages of mature content, etc.

But especially he/she got us the attention the space dedicated in the net to the pedophilia: children's erotic images and girls that are not considered pornography since don't possess exhibition of genital neither they involve explicit sexual activities. Many of the places are presented as supposed agencies of infantile models and/or adolescents with girls or children barely dresses and in searches sugerents with generally tariffed access. Forums, Flogs, Virtual Communities, Chat and places Web is the land where, playing wantonly between the legality and the anonymity, the pedophilia is being organized.

Presently report will try to demonstrate how certain pedophiles, organized, they try to legitimate its actions and to revert the imaginary one social with arguments that, not for unlikely it is less dangerous. The abundance of textual appointments has as objective to show the speech that the most representative organizations in this movement possess, so that the reader can reach their own conclusions.

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídica, intitulada: "**NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA**", por la importancia que reviste ha merecido un análisis profundo, pues la pornografía infantil al estar escasamente tipificada se constituye en un punto controvertido en nuestra legislación que puede causar conflicto en nuestra sociedad.

La investigación ha sido construida sistemáticamente, de manera que se constituya en un material didáctico y explicativo del problema que se investiga. Es así que en primera instancia se analizará lo que es la literatura que se ha logrado obtener, que conforme al método científico y al analítico sintético partiremos de lo general a lo particular, y cumpliendo con la reglamentación de la Universidad Nacional de Loja en primera instancia se abordará y analizará lo que es el Marco Conceptual, en el cual se abordarán temas tales como: la definición de pornografía infantil, la acotación conceptual de la pornografía infantil, así como se dará a conocer algunos tipos de pornografía.

Ya en la segunda parte del acopio teórico, en lo que ha sido denominado Marco Doctrinario, nos acercaremos aún más al tratamiento en si del problema que se investiga, de tal manera que hablaremos de: algunos

aspectos relacionados con la pornografía infantil, se dará a conocer datos internacionales con respecto a la pornografía infantil, hablaremos sobre la transformación que ha sufrido la pornografía asociado con el desarrollo de las nuevas tecnologías como es el caso del internet.

En una tercera parte de la investigación en lo que ha sido denominado como Marco Jurídico se abordaran temas tales como: problemas jurídico penales que trae consigo la pornografía, para finalizar hablando de los efectos psicológicos y sociales de la pornografía.

Se darán a conocer los materiales y los métodos que fueron aplicados para el desarrollo de la investigación.

Posteriormente se abordara el acopio empírico y la obtención de datos a base de la aplicación de técnicas de recolección de datos empíricos como son la técnica de la encuesta y la entrevista, en donde se hará la presentación y análisis de los resultados de la encuesta, la presentación y el análisis de los resultados de la entrevista.

Ya en la discusión en primer lugar se dará a conocer la fundamentación de la propuesta de reforma legal, así como se realizará la contrastación de los objetivos tanto general, como de los específicos con el objeto de determinar si se ha cumplido con las metas trazadas en el proyecto de investigación, y la verificación de la hipótesis para determinar si

nuestra conjetura es acertada por lo tanto determinaremos si se contrasta positivamente.

Por último se abordaran las conclusiones, y se darán a conocer las recomendaciones y la propuesta de reforma legal que es el objetivo principal de la presente investigación.

Con esta investigación, aspiro contribuir con un aporte personal, jurídico, social y político, para que la equidad y justicia social sean evidentes y reales en el marco de las garantías sociales y legales.

En consecuencia al plantear la presente tesis aspiro que se concientice a las autoridades sobre la importancia de mejorar la calidad de las leyes y sobre todo del tema en mención y la necesidad de introducir cambios en la misma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. DEFINICIÓN

“Se denomina pornografía infantil a toda representación de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas. Puede tratarse de representaciones visuales, descriptivas o incluso sonoras”¹. Es decir la pornografía infantil se refiere al abuso y explotación sexual de menores de edad con algún fin de lucro, se cataloga como delito transnacional y penado con cárcel en cualquier parte del mundo, este delito se propaga por medio de vendedores de DVD, CD etc., bandas de personas que se encargan a la prostitución o venta de menores y el más común es el internet, las páginas web donde se encargan de publicar videos, fotos o se acuerdan citas de encuentro.

Pornografía es un término ambiguo y difícil de delimitar, mucha gente podría incluir en esta categoría representaciones gráficas o pictóricas no fotográficas o incluso textos escritos, pero por lo general estos medios no son incluidos dentro de la definición de pornografía infantil porque no implican necesariamente la participación de un menor en su creación. “Tradicionalmente, se consideran como pornografía infantil a aquellas representaciones fotográficas o fílmicas en formatos digital o analógico de

¹MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas ya sea solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos”².

Sin embargo cuando se trata de pornografía infantil, ésta se encuentra expresamente definida en el protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de Organización de las Naciones Unidas, en los siguientes términos: “Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”³.

La pornografía es una industria, una cadena productiva que involucra a personas que se lucran de ella, personas que trabajan directamente en ella y consumidores que pagan por ella y que obtienen a cambio una gratificación sexual, de esta manera la pornografía implica la venta de excitación sexual.

“...cualquier representación, por cualquier medio, de una niña o niño involucrado en actividades sexuales explícitas reales o simuladas o cualquier representación de las partes sexuales del mismo para propósitos sexuales principalmente.”⁴. Esto puede incluir fotografías, negativos, diapositivas, revistas, libros, dibujos, películas, cintas de video y discos de computadora o archivos. Generalmente, existen dos categorías de pornografía: blanda, que no es sexualmente explícita pero involucra imágenes desnudas y seductoras

² IBÍDEM, Pág. 239.

³CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 2002.

⁴Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.

de niños y niñas, y la de dura que tiene relación con imágenes de niños y niñas involucrados en actividades sexuales. La utilización de niños y niñas en la producción de pornografía es explotación sexual. Nuevas Tecnologías han cambiado la naturaleza de la pornografía. Las cámaras digitales y los aparatos de video han hecho más fácil y barata la producción de videos, y existe menos riesgo de detección ya que no se requiere de un tercer partido para desarrollar las imágenes como en la fotografía convencional. Se mejora la reproducción: las imágenes digitalizadas no se envejecen o pierden su calidad a través de las copias. La distribución de imágenes pornográficas se ha vuelto más fácil, barata y rápida por medio de la Internet. Ya que la Internet pasa por encima de fronteras y leyes nacionales, la detección y procesamiento se vuelve cada vez más difícil.

Dentro de esta misma terminología se debe tomar en consideración los siguientes términos que se encuentran íntimamente ligados al tema que nos ocupa:

Trata de menores de dieciocho (18) años. Se entiende por trata de menores el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado, ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior, la acogida o la recepción de personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación.

Existe trata de menores aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de

autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

El asentimiento de la víctima de trata de personas menores de dieciocho años no tiene efecto alguno.

Explotación. Podemos hablar de explotación en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;
- d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

Explotación Sexual Infantil: Implica la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales, cuando hay a cambio una remuneración o cualquier tipo de retribución para el niño, niña o adolescente o terceros, se considera explotación sexual comercial.

Explotación Sexual Infantil en el ámbito del turismo: es la explotación sexual comercial de un niño, niña o adolescente por una persona o personas que viajan dentro de su propio país o al extranjero, y emprenden actividades sexuales con niños, niñas o adolescentes, con la complicidad por omisión o acción de los sectores y servicios del turismo.

Pornografía Infantil: Comprende toda representación de un niño, niña y/o adolescente realizando actividades sexuales explícitas, toda representación de las partes genitales de un niño con fines predominantemente sexuales, toda organización de espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en el que participaren niños, niñas y adolescentes. La pornografía puede transmitirse por cualquier medio.

Abuso Sexual: comprende los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona.

4.1.2. LA ACOTACIÓN CONCEPTUAL DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

La definición de pornografía infantil es compleja, por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de las ideas religiosas imperantes en cada comunidad. Lógicamente, estas fluctuaciones conceptuales tienen un reflejo

en los conceptos legales utilizados por los ordenamientos de cada país. Estos factores explican que tampoco existan convenciones jurídicas internacionalmente uniformes en torno al límite legal a partir del cual se acota el concepto de niño o de menor.

La Comisión Pro Derechos Humanos de las Naciones Unidas define al niño como “persona menor de 18 años, y ésta es la convención normativa imperante en el contexto jurídico y cultural del continente europeo”⁵. Por el contrario, en países como Australia, la legislación sobre pornografía infantil conceptúa al niño como “menor de 16 años, mientras que en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, los menores a partir de los 15 años pueden consentir legalmente en orden a mantener relaciones sexuales con un adulto”⁶; sin embargo, conforme a la legislación de EE.UU., ese adulto no puede elaborar, producir, distribuir ni tan siquiera poseer una filmación o registro visual de sus contactos sexuales con el menor, de acuerdo con los Estatutos Federales de Pornografía Infantil, por cuanto éstos definen al menor como persona que no ha cumplido los 18 años.

Pese a todos estos obstáculos de partida, el Consejo de Europa define la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual"⁷.

⁵MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

⁶MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

⁷Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.

La literatura erótica infantil debe quedar deslindada de la pornografía infantil, por cuanto constituye un concepto diverso que alude a materiales relacionados con niños en los que están presentes alegorías o propósitos sexuales, lo que no es objeto de prohibición legal en los ordenamientos estatales.

4.1.3. TIPOS DE PORNOGRAFÍA

El primer tipo de pornografía son las revistas para adultos. Estas están dirigidas principalmente, pero no exclusivamente, a un público masculino adulto. Las revistas de mayor difusión no violan la norma Miller de obscenidad y, por lo tanto, pueden ser distribuidas legalmente. Pero otras revistas que sí violan estas normas están fácilmente disponibles en muchas librerías para adultos.

El segundo tipo de pornografía son los cassettes de vídeos. Estos se alquilan o venden en librerías para adultos y se han convertido en una industria en crecimiento para la pornografía. Hay personas que jamás entrarían a una librería o un teatro para adultos para ver una película pornográfica pero consiguen estos vídeos a través de librerías o por correo para verlos en la intimidad de sus hogares. En general, estos vídeos exhiben un alto grado de pornografía dura y actos ilegales.

El tercer tipo de pornografía son las películas. Las normas de calificación se han ido flexibilizando, y hay muchas películas pornográficas que se exhiben y distribuyen con mucha libertad. Muchas de estas películas con una calificación fuerte por su contenido altamente pornográfico hubieran sido consideradas obscenas sólo una década atrás.

Un cuarto tipo de pornografía es la televisión. Como ocurre en las películas, las normas para la televisión comercial han ido bajando continuamente. Pero la televisión por cable presenta una amenaza aún mayor. Hay personas que jamás irían a una librería para adultos que ahora pueden ver el mismo material sexualmente explícito en la intimidad de sus hogares, lo cual convierte a la televisión por cable en el "el mejor envoltorio de papel común."⁸

Un quinto tipo de pornografía es la "ciber pornografía". Imágenes y películas de pornografía dura, chats en línea, y aun actos sexuales en vivo pueden ser bajados y vistos por prácticamente cualquier persona a través de Internet. Se pueden encontrar imágenes sexualmente explícitas en páginas Web y en grupos de noticias que son demasiado fáciles de ver para personas de cualquier edad. Lo que sólo estaba disponible para una pequeña cantidad de personas dispuestas a ir al sector malo de la ciudad, ahora puede ser visto en cualquier momento en la intimidad del propio

⁸J. DE SUA, Tratado de Derecho Penal, Tercera Edición, Buenos Aires - Argentina, 1964

hogar, este es el mayor medio de difusión de pornografía infantil por su fácil acceso y difícil rastreo.

Un tipo final de pornografía es la "audio pornografía". Esto incluye las "porno llamadas," que son el segundo mercado de mayor crecimiento de la pornografía. Si bien la mayoría de los mensajes están dentro de la definición de obscenidad, estos negocios siguen floreciendo y a menudo son usados en gran parte por niños.

“Según datos obtenidos en un estudio realizado recientemente aproximadamente el 70 por ciento de las revistas pornográficas que se venden terminan en manos de menores, por otro lado se estima que alrededor de 1,2 millones de niños son explotados anualmente en el sexo comercial es decir a través de la pornografía y prostitución infantil, todo ello relacionado con el auge tecnológico que atraviesa la sociedad en especial con el crecimiento del internet”⁹.

⁹MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. ASPECTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

La amenaza de este siglo sobre los menores de edad va de la mano con la alta tecnología de un mundo globalizado, así la explotación sexual comercial de niños es un fenómeno creciente que ocupa actualmente la atención de gobiernos, organizaciones sociales y de la comunidad en general.

Los factores asociados a la explotación sexual comercial de la infancia son diversos. En general se citan la pobreza, la conducta sexual masculina irresponsable, la migración, el desempleo, la desintegración familiar, el creciente consumismo, violencia intrafamiliar y la desigualdad social como causas que facilitan las condiciones que la favorecen.

Dada la condición vulnerable de los niños y las niñas, principales víctimas de este tipo de explotación al ser utilizados por adultos para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y económico sobre la base de una relación de poder-subordinación, considerándose explotador, tanto aquel que intermedia a un tercero, como el que mantiene la relación con el menor, no importando si ésta es frecuente, ocasional o permanente.

“En el ámbito de la explotación sexual comercial de menores, existen diversas modalidades que se interrelacionan, reconociéndose las siguientes: prostitución infantil, pornografía infantil, turismo sexual y la venta o tráfico de niños”¹⁰.

La pornografía infantil constituye un problema de dimensión internacional, que se ha amplificado con la irrupción de nuevas tecnologías que han transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material.

Muchas leyes de pornografía tienen que ver solamente con niños reales y representaciones de sucesos que realmente ocurrieron. Por ello, los acusados, pueden aducir que una imagen creada y que por lo tanto no es ilegal.

La pornografía infantil, sin embargo, no trata únicamente sobre fotografías de niños y niñas desnudos. Existe un vínculo claro entre pornografía de niños y niñas, reales o no, y abuso sexual en el mundo real.

4.2.2. DATOS INTERNACIONALES

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que ha sido mayoritariamente ratificada por los estados participantes alrededor del mundo, califica a la pornografía infantil “como una violación de los derechos del menor y exige a las naciones que participen en la convención

¹⁰MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

internacional y que adopten medidas para prevenir la explotación infantil en materiales de tipo pornográfico”¹¹. Asimismo, el Programa de Acción para la prevención de la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil de la Comisión Pro Derechos Humanos de las Naciones Unidas respalda los esfuerzos internacionales y de la Comisión en cuanto a la represión y castigo de conductas de explotación de los menores con fines pornográficos.

No obstante, las acciones internacionales de lucha contra la explotación sexual de los menores y contra la producción y el tráfico de la pornografía infantil existen serios escollos de partida. En la actualidad por ejemplo, se carece de una definición uniforme del concepto de pornografía infantil; junto a esta falta de armonización conceptual, los datos de que se dispone, relativos a la producción y distribución de material pornográfico infantil, son insuficientes, pues en África y Latinoamérica el problema es mucho más grave.

Los avances en las líneas de acción internacional son insuficientes frente a la incursión de nuevas tecnologías que han transformado la dinámica y articulación de las formas de producción y distribución de la pornografía infantil. En este sentido, la irrupción de medios tecnológicos de bajo costo al alcance de la población en general ha amplificado el problema. El vídeo casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una sofisticada industria casera al alcance de muchos o de casi todos.

¹¹J. DE SUA, Tratado de Derecho Penal, Tercera Edición, Buenos Aires - Argentina, 1964.

4.2.3. LA TRANSFORMACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DIFUSIÓN DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL MOTIVADA POR LA ECLOSIÓN DEL INTERNET

En la década de los años setenta puede situarse el momento de máximo apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental. En aquellos años Dinamarca, Holanda y Suecia constituían los principales centros de producción. A finales de dicha década y comienzos de los años ochenta se verifica una mayor intervención gubernamental y el impulso de medidas legislativas, centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de la pornografía infantil. En los años noventa se ha acrecentado la adopción de medidas legislativas prohibitivas alrededor del mundo y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición y distribución de material pornográfico infantil al compás de la evolución tecnológica, y no faltan además muestras de una "nueva cruzada legislativa" en la que incluso se opta por la incriminación de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil.

En la actualidad se constata una tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos, pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información es decir a través de Internet, donde los usuarios pueden introducir material y convertirse en difusores de dicho material. Por

consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados *amateurs* y domésticos. A esta evolución ha contribuido también el denominado "turismo sexual", pues se ha constatado en los últimos tiempos que una buena parte de la elaboración de material pornográfico infantil tiene su origen en filmaciones amateurs llevadas a cabo por turistas que entablan relaciones con menores, principalmente en países del continente asiático. En efecto, esta evolución no hubiera sido posible sin la masificación y el abaratamiento de los aparatos de vídeo doméstico.

Estas líneas evolutivas se han agudizado con la irrupción de Internet como nueva autopista de la información. Puede indicarse, pues, que la tecnología informática ha acabado por consolidar las pautas y patrones de la producción y el tráfico de pornografía infantil. "Cualquier usuario de la Red tiene acceso a los servicios en línea en una autopista de información a la que se encuentran conectados más de 30 millones de personas"¹². En este contexto, cualquier usuario puede erigirse en productor, difusor o receptor de material pornográfico infantil.

Las técnicas de producción e introducción de tal material en la Red se han multiplicado a través de diferentes mecanismos como: escaneado de fotos, introducción en la Red de videoclips, correos electrónicos provistos de

¹²www.ContraLaPornografiaInfantil.Org, Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú

imágenes o vídeos. Y estas nuevas formas de difusión y tráfico de pornografía infantil, pueden ser llevadas a cabo desde el anonimato que proporciona Internet. El usuario puede revestirse de identidades ficticias o no identificables y difundir contenidos ilícitos a un determinado país, haciendo que la información transite por el "ciberespacio" intermedio de otros países, lo que dificulta de forma extrema la identificación de la fuente o el origen del material pornográfico infantil. Sin embargo, las técnicas para enmascarar la fuente pueden ser aún más sofisticadas, pues al alcance del usuario mínimamente avezado se halla la utilización de los anonymous remailers, que permiten el envío de correos electrónicos sin remitente; los remailers suponen el uso de servidores de correo electrónico intermedios entre el remitente y el destinatario final, de modo que el remitente envía un mensaje a un servidor que, a la vez, lo reenvía al destinatario final sin que aparezcan los datos del remitente.

El empleo de los denominados computer bulletin boards que son tablones de anuncios de ordenador también puede constituir otro mecanismo de intercambio de información entre pedófilos por el hecho de que permiten mantener conversaciones; debe subrayarse además que, en la mayoría de los países, no se requiere licencia ni registro para introducir dichos tablones de anuncios.

Las posibilidades que ofrece Internet se proyectan también en la posibilidad de mantener comunicaciones en línea, con incorporación de

imágenes, a través de las denominadas sesiones interactivas de chat, mediante las cuales los menores pueden quedar involucrados en un contexto sexual con adultos.

“Frente a tales peligros las normas de autorregulación de usuarios y operadores de la Red aconsejan acrecentar medidas de autoprotección para los usuarios menores, por medio de técnicas de bloqueo al acceso infantil a materiales que incorporan contenidos nocivos”¹³. Sin embargo, las medidas de bloqueo que pueden incorporarse a los programas de software pueden quedar vulneradas por los menores con conocimientos informáticos. Por último, la evolución de la informática permite la alteración de imágenes por ordenador, de modo que se puede enmascarar la imagen de adultos que participan en actos pornográficos o de contenido sexual para que parezcan menores de edad; se trata de la denominada pornografía técnica. Este tipo de pornografía presenta una menor lesividad en la medida que no utiliza menores reales en la elaboración del material. Conceptualmente diversa en la pseudopornografía de menores, consistente en la alteración de imágenes por medio de la colocación de la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o bien en el añadido de objetos a una imagen; en tales casos, siempre que se incorporen, aunque sea parcialmente, imágenes de menores reales, la lesividad de la conducta es mayor y probablemente debe ser objeto de sanción penal.

¹³MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

Finalmente, la producción de pornografía infantil generada por ordenador ha suscitado ya un profundo debate jurídico. Desde amplios sectores jurídicos se ha demandado que este tipo de pornografía no sea objeto de medidas incriminadoras, por cuanto en tales supuestos no se verifica una utilización real de menores, de modo que la prohibición del referido material supondría una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión.

El tráfico de pornografía infantil en Internet ha sido objeto de recientes encuentros internacionales de expertos, como el celebrado en Lyon en mayo de 1998. En este congreso, los representantes de 19 países y organizaciones no gubernamentales, implantadas en el sector, efectuaron, entre otras, las siguientes recomendaciones: “a) la necesidad de adopción en la legislación de los ordenamientos nacionales de medidas legislativas que incriminen la producción, distribución, comunicación, importación, exportación y posesión de pornografía infantil, incluida la pseudopornografía, a través de Internet; b) la armonización internacional en cuanto al límite de edad en la conceptualización de los menores y en cuanto a la definición de pornografía infantil; c) el incremento de la cooperación policial y judicial, tanto en cuestiones relativas a la aplicación de la ley penal como con relación a la asistencia técnica; d) la solicitud a las Naciones Unidas de que impulse un borrador de legislación tipo, uniforme, contra la pornografía infantil; e) la solicitud al Comité sobre Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de que impulse la aplicación de controles legales

adecuados contra la pornografía infantil, cuando los gobiernos presenten sus informes nacionales en la Convención sobre Derechos del Niño; f) la promoción del desarrollo de programas similares a los antivirus, que permitan filtrar o bloquear la pornografía infantil en Internet, a través de los proveedores de servicio en Internet, mediante una base de datos central actualizada regularmente con impresiones de imágenes de pornografía infantil”¹⁴.

4.2.4. MODALIDADES DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

A continuación, se procederá a delimitar las diversas modalidades de pornografía infantil, para una mayor clarificación de las mismas.

En primer lugar, debe entenderse por pornografía infantil expresa, toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas. En contraposición a ésta, la pornografía infantil simulada comprende todo supuesto de pornografía infantil expresa con la única excepción de que el supuesto menor infantil no reúne semejante consideración, bien por ser mayor de edad, aunque de la representación pudiera pensarse lo contrario; bien porque su creación fuera íntegramente producida por la tecnología y, en consecuencia, no se tratara de una persona real. En tal sentido, cabría hablar de pornografía infantil virtual. Entre ambas figuras, entiéndase la pornografía infantil simulada y la

¹⁴www.ContraLaPornografiaInfantil.Org, Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú

pornografía infantil expresa, existen ciertos supuestos tales como la pseudopornografía infantil, la pornografía infantil técnica, la pornografía infantil artificial y pornografía infantil literaria.

En nuestro ordenamiento, no se encuentra tipificada la llamada pseudopornografía infantil. Pues el termino se refiere a aquel que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada. Como es de ver, se incluyen en este concepto conductas referidas a la creación o uso de material pornográfico en el que no se utilicen "directamente" menores, pero se emplee su voz o imagen alterada o modificada, cuya finalidad es evitar la identificación u ocultar su condición, siempre y cuando, pueda conocerse que en los actos pornográficos recogidos en el material intervienen un menor. Consecuentemente, la pseudopornografía consiste en insertar imágenes de menores reales, ya sea el rostro o todo el cuerpo, en escenas pornográficas, animadas o no, en la que no han intervenido realmente. Consideremos los siguientes ejemplos: colocar la cara de un menor sobre la imagen de un adulto o añadir la imagen o voz de un niño o niña a una fotografía o vídeo cuyo contenido sea sexual. Por ello, la pseudopornografía constituye una manifestación intermedia entre la pornografía infantil expresa y la pornografía infantil virtual. Y esto es así, puesto que, al no aparecer el sujeto pasivo íntegramente representado sino a través de elementos característicos no cabe hablar de pornografía infantil en términos absolutos.

La imposibilidad material de identificar en qué supuestos ha participado un menor real y en cuáles lo ha hecho de manera virtual aconseja la punición de tales conductas con una pena inferior a la del tipo básico por la desigual afectación del bien jurídico, fundamentado, por lo tanto, en el menor grado de lesividad de la acción constitutiva del ilícito penal en tanto afecta de manera indirecta o parcial al sujeto pasivo.

Por lo que respecta al concepto de material pseudopedófilo, es material pornográfico en el que no se utilicen "directamente" menores o incapaces, pero se emplea su voz o imagen alterada o modificada.

En la pornografía virtual infantil no debe reputarse material pornográfico típico, puesto que no deben emplearse menores reales y concretos. Otras formas atípicas, como ya aludíamos con anterioridad son, la pornografía infantil técnica, la artificial y la literaria. Por lo que respecta a la primera, se altera la imagen de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad, un adulto se hace pasar por menor. En otras palabras, mayores de edad que aparentan ser menores por muy diversos medios tales como retoque de fotografías consistentes en eliminación de vello púbico o facial, así como suavización de facciones o empleo de vestimentas de adolescentes. Esta modalidad de pornografía no se incrimina en el Derecho Ecuatoriano, por cuanto en el tipo proyecta la tutela penal sobre la idea de "utilización del menor" y no sobre la estricta actividad de creación de un material calificable objetivamente como de

"*pornografía relativa o alusiva a menores*". Por consiguiente, no cabe hablar de pornografía infantil al no reunir las características propias de esta tipología delictiva ya que, entre otros elementos, adolece de bien jurídico protegido para ser considerado delito amén de las cualidades del sujeto interviniente. Por lo que se refiere a la pornografía infantil artificial, agruparía toda aquella representación pornográfica en la que participa un menor creado íntegramente a partir de un patrón irreal, es decir, un dibujo animado. Se trata de la creación de imágenes no reales de menores involucrados en actos sexuales, con la particularidad de que ni existen las personas ni las situaciones reproducidas.

Y, finalmente, la pornografía infantil literaria consistente, que según su definición consiste en "las descripciones escritas de actividades sexuales que, careciendo de valores literarios, artísticos, científicos o pedagógicos, que tengan por finalidad exclusiva excitar sexualmente a quienes las lean o contemplen".

Como ha podido observarse, en todas las conductas donde un componente es creado mediante artificios técnicos, no existe indemnidad sexual afectada, pues, en ningún momento participan menores reales en actividad sexual o pornográfica. La eventual afectación a otros bienes jurídicos tales como la dignidad o la intimidad, deberían ser subsumida en el marco de las figuras típicas que se encargan de la protección de dichos bienes.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. EL TRAFICO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET: PROBLEMAS JURÍDICO PENALES

La Red ha nacido bajo los designios de la anomia jurídica no existe un estatuto jurídico sobre Internet. Puede indicarse que la ausencia de regulación jurídica, de límites y de control sobre los flujos de información son algunas de las notas características básicas de esta autopista de la información. Como señala Morón Lerma: "Internet no tiene presidente, director ejecutivo o mandatario. No existe la figura de una autoridad máxima como un todo. En realidad, nadie gobierna Internet, no existe una entidad que diga la última palabra. No está bajo el control de ninguna empresa y, de hecho, son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas"¹⁵.

En este contexto, puede comprenderse con prontitud que los problemas principales de la efectividad de la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red no dependen exclusivamente de la tipificación de conductas en el Código Penal, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet y de la dimensión internacional de las conductas ilícitas a sancionar penalmente.

¹⁵MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

La Red se ha desarrollado y consolidado como nueva autopista de la información de masas bajo la lógica de la libertad de información o del libre flujo de la misma. En este sentido, el intervencionismo estatal ha sido considerado como un factor que podría llegar a poner en peligro la Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información resulte lógico que se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red, siempre al margen de regulaciones jurídicas que limitan de cierta manera algunas facultades, regulaciones que son impuestas por los estados o por los organismos internacionales a través de tratados o convenios.

A la vista de lo anterior, designios de política jurídica como los expresados por el Código Penal Español se sitúan en una natural esfera de tensión con la lógica de funcionamiento de Internet o en una posición extremadamente contraria con esta. Sin embargo, en la actualidad se va consolidando la idea de que las reglas en la Red no pueden quedar al libre albedrío de los usuarios. Es decir existen intereses contrapuestos en Internet, pues la red ofrece al usuario el derecho al anonimato del usuario, garantización de la confidencialidad de comunicaciones personales en la Red, confianza y seguridad jurídica en el mercado virtual, preservación de la seguridad y defensa de los estados, de tal modo que se exige nuevas soluciones jurídicas complejas, que atiendan al principio de proporcionalidad, en el buen entendido de que se trata mediante el mismo de garantizar la convivencia y preservación simultánea de intereses legítimos en tensión. Y el problema exige que sean descartadas soluciones simplistas que superen

las esquemáticas dicotomías "liberalización contra control" o "estados contra usuarios".

Más particularmente, la transmisión de contenidos ilícitos o nocivos en la Red, como los relativos a difusión de pornografía infantil, suscitan la imperiosa necesidad de soluciones jurídicas que permitan conjugar la libertad de información con la preservación de otros intereses, en el caso analizado los intereses del menor, cifrados en el derecho a la propia imagen del mismo, conectado con el derecho a la privacidad, aspectos todos ellos íntimamente ligados con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad del menor.

No obstante, como antes se ha apuntado, la dimensión internacional de Internet y sus específicas connotaciones como el uso masivo, descentralización, automatismo etc., suponen serios obstáculos a la hora de afrontar propuestas de solución jurídica.

Una cuestión parece clara, el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional. Una política jurídica de futuro, tendiente a dilucidar el gobierno jurídico de la Red y en su seno la determinación de la esfera de responsabilidad jurídica, exige soluciones de carácter internacional. En el ámbito europeo se han fomentado códigos o convenios de autorregulación en Internet; a este designio responde la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 17 de febrero de 1997,

sobre contenidos ilícitos en Internet. En la referida resolución se insta a los estados miembros a "estimular y favorecer sistemas de autorregulación que incluyan organismos representativos de los proveedores de servicios y de los usuarios de Internet"¹⁶. Esta resolución constituyó el punto de partida del informe provisional sobre las iniciativas emprendidas por los estados de la Unión Europea contra los contenidos ilícitos y nocivos en la Red. Los primeros pasos de la Unión Europea se encaminan a subrayar: a) la inconveniencia de que en el futuro reine la anomia en Internet; b) la necesidad de introducir una regulación jurídica armoniosa con la lógica de funcionamiento de Internet, con especial énfasis en que la introducción exclusiva de normas represivas podría perjudicar el desarrollo de la Red; c) la necesidad de caminar hacia una paulatina armonización de los ordenamientos nacionales.

La complejidad de problemas jurídicos que suscita la Red viene dada por el dato de que cada usuario, conectado a la misma, puede constituirse en difusor de contenidos por distintas vías, tales como el correo electrónico, introducción de boletines, participación en foros de discusión o introducción de páginas web. Esta posibilidad de introducción de mensajes o contenidos en la Red, de forma masificada y difusa, constituye uno de los factores que convierten en dificultosa la persecución de la difusión de pornografía infantil en la Red, dificultad que afecta a lo probatorio y, en particular, a la identificación de los autores de las conductas de tal tráfico ilícito.

¹⁶J. DE SUA, Tratado de Derecho Penal, Tercera Edición, Buenos Aires - Argentina, 1964

En los foros de discusión se alude a contenidos ilícitos y nocivos en Internet como si de un mismo problema se tratase, cuando en realidad se trata de dos categorías conceptuales de contenidos diversos. Las medidas jurídicas de respuesta a la difusión de contenidos ilícitos, entre ellos el tráfico de pornografía infantil, reclaman respuestas jurídicas puntuales encauzadas a sancionar la fuente originaria de tal difusión. Por el contrario, los contenidos nocivos constituyen un concepto más difuso, que alude a la necesidad de generar pautas culturales en la Red tendientes a sensibilizar a los usuarios, para lograr así la paulatina erradicación de aquéllas prácticas.

La instauración de reglas jurídicas firmes en Internet, orientada a un férreo control sobre los contenidos que circulan en ella, constituye una verdadera quimera. No sólo porque, como se ha dicho, la Red se articula de manera descentralizada, sino también porque el material que incorpora contenido ilícito puede ser ubicado con rapidez en otro servidor, con el fin de evitar la persecución del delito. A lo anterior debe añadirse la dimensión internacional de las herramientas que ofrece Internet, de manera que los contenidos ilícitos pueden ser transportados velozmente a países en los que el autor de la información o el proveedor de servicio encuentren cobijo al margen de las jurisdicciones penales competentes.

Como señala Morón Lerma, la actividad de prevención y represión respecto de los contenidos ilícitos en la Red, ineludiblemente, transita por la necesidad de delimitar la responsabilidad de los agentes de Internet y, en

especial, de los proveedores de acceso a la misma. Ahora bien, las propuestas jurídicas no pueden cifrarse en la demanda de un control exhaustivo por parte de los proveedores en cuanto a la identificación de los autores de los contenidos ilícitos que circulan por la Red, dado que deberá respetarse también el derecho del usuario al anonimato, como nueva faceta de la privacidad de las personas en las autopistas de la información, y con particular referencia a la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas.

La determinación de la esfera de responsabilidad de los proveedores de acceso no es sencilla. Evidentemente, reina la concordia en torno a la necesidad de exigir su responsabilidad cuando el proveedor de acceso es el creador directo de su contenido ilícito, pero tal circunstancia no suele ser lo más frecuente. También podrá exigirse su responsabilidad cuando tal proveedor haya asumido un especial deber de vigilancia o control respecto de los contenidos introducidos en la Red; por ejemplo, cuando asume el papel de moderador o gestor responsable de un foro de debate. Pero, al margen de estos supuestos específicos, el estatuto de responsabilidades exigibles no está esclarecido. Esto ocurrirá en los supuestos más comunes, en los que el proveedor no asume una función activa respecto de los contenidos ilícitos en la Red. Una cosa es ser productor de información y otra distinta es erigirse en mero vehículo o intermediario de la circulación de la información. Y es evidente que no pueden implantarse a Internet los criterios de responsabilidad propios de la prensa tradicional escrita pues sus

características la hacen única, ámbito en el que, por ejemplo, el editor ostenta un dominio del hecho acotado respecto de la información difundida. Por consiguiente, cuando el proveedor de acceso a Internet aporta una mera función técnica, su capacidad de control sobre los contenidos ilícitos es nula. Al menos, en el estado actual de evolución técnica, no es posible exigirle al proveedor una función de control sobre los grandes stocks de información introducidos en su servidor.

Resulta entonces paradójico que, en tanto que no se han aportado avances decisivos en el esclarecimiento del estatuto jurídico de responsabilidad del proveedor con relación a contenidos ilícitos, en cambio se hayan formulado intentos de regulación normativa sobre la difusión de contenidos nocivos. “Éste es el caso de la CommunicationsDecencyAct, de 1996, impulsada por el gabinete de Bill Clinton. Esta ley de decencia en las telecomunicaciones declaraba ilegal la difusión de material indecente en la red, con el pretexto de tutelar y proteger a los menores. El Tribunal Supremo de los EE.UU. declaró inconstitucional esta ley, por constituir una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión”¹⁷. La decisión judicial estaba fundamentada sobre la idea de introducir mayores limitaciones a la libertad de expresión en Internet más no en los medios tradicionales de radiodifusión, en una suerte de cruzada moralista, que por lo demás hubiera resultado de difícil aplicación e improductiva.

¹⁷MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

En definitiva, es preciso avanzar hacia normas de armonización internacional comunes, por medio de tratados internacionales que deberán quedar complementados con medidas de cooperación internacional de tipo judicial y policial. Asimismo, deberá prestarse atención a los avances técnicos para poder perfilar en el futuro un estatuto jurídico más penetrante sobre la responsabilidad de los proveedores, tendiente a exigir un mayor y escalonado control sobre la información ilícita que circula en la Red. Éstos son los presupuestos político-criminales para una racional y efectiva represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red.

4.3.2. EFECTOS PSICOLÓGICOS Y SOCIALES DE LA PORNOGRAFÍA

EFECTOS PSICOLÓGICOS

“El psicólogo Edward Donnerstein encontró que una breve exposición a formas violentas de pornografía pueden llevar a actitudes y comportamientos antisociales”¹⁸. Los espectadores varones tienden a ser más agresivos hacia las mujeres, menos sensibles al dolor y al sufrimiento de las víctimas de violaciones, y mucho más dispuestos a aceptar varios mitos acerca de la violación. Los investigadores han encontrado que la pornografía, especialmente la pornografía violenta, puede producir un conjunto de efectos indeseables, como la violación y la coerción sexual. Específicamente, encontraron que esta exposición puede llevar a un mayor

¹⁸Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.

uso de la coerción o la violación, un aumento de las fantasías acerca de la violación, y una desensibilización ante la violencia sexual y una trivialización de la violación.

En un intento por aislar el papel de la violencia como algo diferente del sexo en las situaciones inducidas por la pornografía, James Check, llevó a cabo un experimento donde los hombres eran expuestos a diferentes grados de pornografía, algunos violentos y algunos no. Todos los grupos exhibieron el mismo cambio de actitud, a saber una mayor inclinación a usar la fuerza como parte del sexo.

En un estudio realizado sobre los efectos de la pornografía no violenta en la crueldad sexual y en la trivialización de la violación, los resultados obtenidos demostraron que la exposición continua a la pornografía tenía efectos adversos sobre las creencias acerca de la sexualidad en general y sobre las actitudes hacia las mujeres en particular. “También encontraron que la pornografía desensibiliza a las personas hacia la violación como una ofensa criminal”¹⁹. Estos investigadores encontraron también que la exposición masiva a la pornografía alienta un deseo por materiales cada vez más aberrantes que involucran violencia, sadomasoquismo y violación.

Pues bien si se trata de pornografía infantil resulta lógico que las

¹⁹MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

personas que tienen una exposición a esta clase de pornografía tendrán una mayor inclinación a realizar esta clase de actos, de tal manera que los menores de edad son puestos en un peligro mayor. La pornografía también produce una completa desensibilización con respecto a las tendencias sexuales más aberrantes lo que produce que las personas sean más propensas y busquen protagonizar actos ilícitos por una sobre exposición a este material.

En un estudio a nivel internacional se encontró una fuerte correlación estadística entre el nivel de distribución de revistas pornográficas y el nivel de violaciones. Pues se corroboró que en estados en donde existe un alto nivel de circulación de pornografía el nivel de violaciones también era alto. Y en estados con bajo nivel de circulación, el nivel de violaciones tendía a ser bajo también.

Por supuesto, una correlación estadística no prueba que la pornografía provoque violaciones. Ciertamente no todo el que consume pornografía se convierte en un violador. Y es posible que la violación y el consumo de pornografía estén relacionados sólo indirectamente a través de otros factores, como la permisividad social y actitudes machistas entre los hombres, pero resulta indudable que existe una mayor predisposición a estos actos con la exposición al material pornográfico.

EFFECTOS SOCIALES

Definir los efectos sociales de la pornografía ha sido difícil, debido a algunas de las teorías imperantes acerca de su impacto. Un punto de vista dice que en realidad cumple una función positiva al actuar como una "válvula de escape" para los potenciales agresores sexuales.

El proponente más famoso de este punto de vista era BerlKutchinsky, un criminólogo de la Universidad de Copenhague. Su famoso estudio sobre la pornografía encontró que "cuando el gobierno danés levantó las restricciones sobre la pornografía, la cantidad de crímenes sexuales disminuyó"²⁰. Su teoría era que la disponibilidad de pornografía descomprime impulsos sexuales peligrosos. Pero cuando los datos de su teoría de la "válvula de escape" fueron evaluados más extensamente, comenzaron a ponerse en evidencia muchas de las fallas de su investigación.

Por ejemplo, Kutchinsky no distinguió entre diferentes tipos de crímenes sexuales y, en cambio, los metió todos en la misma bolsa. Esto en la realidad enmascaró un aumento en las estadísticas de violaciones. Tampoco tomó en consideración que la mayor tolerancia hacia ciertos crímenes como por ejemplo, la desnudez pública, el sexo con menores, puede haber contribuido a una disminución de crímenes denunciados.

²⁰MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

El argumento de que no hay estudios reconocidos que muestren una conexión entre la pornografía y el crimen violento es simplemente una cortina de humo. Quienes promueven esta postura saben bien que nunca se hará esta investigación. Exigiría hacer un muestreo de mucho más de mil hombres que estén expuestos a la pornografía a lo largo de la pubertad y la adolescencia, mientras que el otro grupo es aislado totalmente de su influencia en todas sus formas y diversos grados. Luego, cada grupo tendría que ser monitoreado durante la realización de los crímenes violentos, si los realizan. Sin embargo, y a pesar de la falta de una investigación formal, “las propias estadísticas del FBI muestran que la pornografía se encuentra en el 80 por ciento de los escenarios de crímenes sexuales violentos, o en los hogares de los perpetradores”²¹.

No obstante, hay varias estadísticas convincentes que sugieren que la pornografía sí tiene consecuencias sociales profundas. Por ejemplo, de los 1400 casos de acoso sexual infantil en Louisville, Kentucky, entre julio de 1980 y febrero de 1984, la pornografía adulta estaba relacionada con cada incidente y la pornografía infantil con la mayoría de ellos. Las extensas entrevistas con los infractores sexuales: violadores, infractores en casos de incesto, agresores sexuales infantiles, han evidenciado un importante porcentaje de infractores que usan la pornografía para excitarse antes o durante sus ataques. Los oficiales de policía han visto el impacto que ha tenido la pornografía en los asesinatos en serie. De hecho, el consumo de

²¹www.ContraLaPornografiaInfantil.Org, Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú

pornografía es una de las características de perfil más comunes de los asesinos en serie y los violadores.

El profesor CassSunstein, dice que algunos actos sexuales violentos contra mujeres "no habrían ocurrido si no hubiera habido una circulación tan masiva de pornografía."²² Luego de citar datos transculturales, concluye: La liberalización de las leyes sobre la pornografía en Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia y los países escandinavos ha sido acompañada por un aumento en el nivel de violaciones denunciadas. En los países donde las leyes sobre la pornografía no han sido liberalizadas, ha habido un crecimiento menos marcado en las violaciones denunciadas. Y en los países donde se han adoptado restricciones, las violaciones denunciadas han disminuido.

El FBI entrevistó a dos docenas de asesinos sexuales en la cárcel que habían cometido múltiples asesinatos. Un ochenta y un por ciento dijo que su mayor interés sexual estaba en la lectura de pornografía. Representaban fantasías sexuales en personas reales. Por ejemplo, Arthur Gary Bishop, condenado por abusar sexualmente y matar a cinco niños pequeños, dijo: "Si en mis primeras etapas no hubiera tenido a mi disposición material pornográfico, es muy probable que mis actividades sexuales no hubiera escalado al nivel que alcanzaron, dijo que el impacto de la pornografía en él

²²MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú

fue devastador."²³

El Dr. James Dobson entrevistó a Ted Bundy, uno de los asesinos en serie más notorios de esta nación. El día antes de su ejecución, Ted Bundy dijo que "las formas más dañinas de pornografía son aquellas que involucran la violencia y la violencia sexual. Porque la combinación de estas dos fuerzas, algo que conozco demasiado bien, genera un comportamiento que es simplemente demasiado terrible para describir."²⁴ Resulta indudable que la pornografía y el aumento de los delitos sexuales están íntimamente relacionados.

4.3.3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROBLEMA DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL

Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas referidas, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Ecuatoriana constituye uno de los fundamentos principales. Así según el artículo 46 numeral cuatro garantiza el derecho de los niños niñas y adolescentes de "Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole o contra negligencia que provoque tales situaciones". La jurisprudencia en sentido general entiende que "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta

²³J. DE SUA, Tratado de Derecho Penal, Tercera Edición, Buenos Aires - Argentina, 1964.

²⁴Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.

singularmente en la autodeterminación consciente responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

Es cierto que la dignidad humana puede admitirse como bien jurídico protegido en determinados delitos. Sin embargo, posee un campo de aplicación demasiado extenso. De ahí que podamos aludir que exista una superposición tan íntima entre la libertad, en cualquiera de sus facetas, y la dignidad de las personas, pues faltando aquella ésta resulta malparada. Por eso, no es extraño que se aluda a ella al discurrir sobre el bien jurídico en los delitos contra la libertad sexual y que se la señale como uno de los bienes mediatamente tutelados.

Como ya se ha manifestado al tratar la libertad sexual, existen delitos sexuales que recaen sobre menores y que no pueden explicarse como delito contra la libertad sexual. Lo que se protege en estos casos es la no interferencia en la correcta formación de la esfera sexual del menor como parte de un proceso de maduración del individuo; no es así un ataque directo a la libertad sexual, sino una forma indirecta por la posible perturbación en lo que en el futuro pueda ser el ejercicio de la libertad sexual.

Además, cabe comentar que el legislador no define el concepto "indemnidad sexual". Por ello, nos hemos visto obligados a acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para delimitarlo. Así, la jurisprudencia establece como comportamiento que infringe la indemnidad sexual "afectar a la formación de

la personalidad del menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual". DÍEZ RIPOLLÉS al referirse a la indemnidad sexual, habla de "interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad".

En definitiva, se pretende reflejar que algunas personas, especialmente vulnerables, tienen que quedar al margen de los daños que puedan derivar de las experiencias sexuales por no estar en una situación que les permita asumirlas en su configuración personal.

Como ya ha quedado expuesto, los menores carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual. Así, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro el menor de edad pueda alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de traumas impuestos por terceros.

Ahora bien, cabe diferenciar entre este bien jurídico, más amplio, y la indemnidad sexual. Así, el que comentamos, no se circunscribe al ámbito sexual, como sí lo hace la indemnidad sexual, sino a todos los aspectos que

puedan influir de forma positiva o negativa en el correcto proceso de formación y desarrollo del menor.

Se entiende por moral sexual colectiva, aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas.

Sin embargo, en la esfera sexual no deben sancionarse penalmente aquellas acciones que se aparten de la moral sexual dominante en la sociedad. No es función del Derecho Penal la protección de intereses morales, que sólo afectan al fuero interno de la conciencia individual. El legislador debe reducir, dentro de la esfera del Derecho Penal sexual, la protección del ejercicio de la libertad sexual al plano de la autorrealización sexual, y en ningún caso extender dicha protección a unas determinadas pautas morales en el seno de la sociedad.

Por lo que respecta al objeto de este trabajo, y la conducta de pornografía infantil, la moral sexual colectiva, podría entenderse indirectamente como bien jurídico tutelable si es que verdaderamente se tutela alguno, pues con ello lo que se intenta imponer es una forma sexual concreta castigando una conducta no vulneradora del bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil ni otros afines.

Finalmente, considero igual que lo hace MUÑOZ CONDE que la moral sexual considerada como bien jurídico, conlleva el peligro de convertir el

Derecho penal en un "instrumento ideológico más propio de la Inquisición que no de un moderno Estado pluralista y democrático".

Una vez delimitados cada uno de los bienes jurídicos que pueden verse afectados ante los comportamientos sexuales que venimos considerando, cabe hacer una consideraciones previas a los límites del *iuspuniendi* estatal, para proceder, con posterioridad a hacer el análisis conjunto de los supuestos de pornografía infantil en relación con dichos principios. La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. Para cumplir esa función se limitará a amparar bienes jurídicos (principio de ofensividad), intervenir en cuanto sea estrictamente necesario (principio de intervención mínima) y las penas deberán ser proporcionales al hecho cometido (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Sin embargo, éste último, al no ser objeto del presente trabajo puesto que sus efectos no se dan en la selección de las conductas sino en las consecuencias jurídicas, no será analizado en este estudio.

En cuanto al principio de ofensividad, éste, significa que el Derecho Penal debe intervenir únicamente ante lesiones de bienes jurídicos y excluye toda penalización relativa a inmoralidades, conforme al aforismo *cogitation is poenamnemopatitur*, plasmado en el artículo 528.7 del Código Penal. Además, descarta la sanción de los hechos externos que no lesionen ningún bien jurídico, es decir, a falta de ofensa no existe delito.

Ni aun las disposiciones contenidas en los artículos 168, 169, 172, 173 y 174 del Código Integral Penal en actual vigencia cumple con los presupuestos anteriormente mencionados, pues no abarca todas las conductas delictivas que son objeto del presente estudio.

El segundo, es consecuencia de la naturaleza de última ratio que posee el Derecho Penal debido a la dureza de sus recursos (privación de libertad). El principio de intervención mínima se encuadra dentro del principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio, que también comprende la adecuación a fin de la medida adoptada así como la proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de intervención mínima implica por un lado, el carácter fragmentario, es decir, comporta que el Derecho Penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni debe sancionar la totalidad de las conductas que lesionen los bienes tutelados, sino sólo los ataques más intolerables; por otro lado, el carácter de subsidiario, esto es, que sólo interviene cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho, tales como las medidas civiles, laborales, administrativas o mercantiles, cuando los restantes medios jurídicos menos costosos no pueden garantizar una tutela eficaz. Así pues, en resumidas cuentas, la tarea del Derecho Penal es precisamente la de intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad, sólo cuando es absolutamente necesario deberá recurrirse al Derecho Penal.

4.3.4. DERECHO COMPARADO

Como se ha anotado anteriormente, desde diversas instancias se considera que la pornografía infantil es un problema a escala mundial, lo que significa que es un fenómeno social que ha alcanzado una nueva y preocupante magnitud internacional, y, es por ello que debe regularse a nivel global. Por este motivo, es precisa la colaboración de todos los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, el sector privado, las organizaciones no gubernamentales y, en general, todos los sectores de la sociedad hasta el punto que se sostiene intentar eliminarla de una manera eficaz. Además, como hemos podido observar con anterioridad, la pornografía infantil es un tipo delictivo que cuenta con un medio de transmisión, Internet, el cual resulta propicio para la delincuencia más allá de las fronteras estatales. Es por ello por lo que también debe fomentarse una mayor armonización legislativa en la prevención y sanción de la pornografía infantil.

Así, este epígrafe va a estar dedicado a presentar, desde una perspectiva general, los diversos instrumentos jurídicos sobre los derechos básicos de los menores y la pornografía infantil, sin obviar los relativos a los avances de las tecnologías de la información. Siendo las legislaciones nacionales insuficientes para reducir los efectos nocivos de esta industria mundial, consideramos pertinente una exposición de los distintos

documentos internacionales que pretenden una mayor armonización en la prevención y sanción de delitos sexuales contra menores de edad.

Existe un gran número de instrumentos internacionales y europeos que abordan el tema que venimos tratando. Hasta la actualidad, se han aprobado Declaraciones, Convenciones, Resoluciones, Protocolos, Decisiones Marco y Directivas que, con un alcance vinculante para los Estados diverso, pretenden establecer unas directrices comunes para combatir la pornografía infantil. Antes de hacer referencia a los diversos y concretos instrumentos, cabe hacer mención a una idea esencial: la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales.

Hay autores, como TERESA MARCOS MARTÍN, que considera que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 es la primera en hacer referencia a la protección de los menores contra los abusos sexuales, aunque no se concrete de manera explícita en el texto. Así, hace alusión al Principio IX de dicha Declaración, que expone que “en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico o mental”. Sin embargo, otros autores, como sería el caso de MORILLAS FERNÁNDEZ, exponen que el antecedente más remoto en tratar sobre la pornografía como conducta delictiva se encuentra en la Recomendación 1065 (1987) del Consejo de Europa, sobre tráfico de niños y otras formas de explotación infantil.

En 1989 se aprobó la *Convención de los Derechos del Niño*, con la finalidad de recopilar de manera concreta todos los derechos para garantizar la efectiva protección de los menores. Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Convención, su artículo 1 dispone que se aplicará a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. En lo que concierne al tema que nos ocupa, se recoge una serie de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas de protección especial; así, el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y sexual (incluyendo la pornografía infantil), contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, así como contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Más concretamente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y jóvenes mayores de edad*, será la que mencione de manera expresa el término “*pornografía infantil*”, aludiendo, además, a la necesaria adopción de medidas preventivas y sancionadoras. Así, en el apartado B sobre “*Medidas relativas a la pornografía infantil*” se prevé que deben establecerse sanciones penales para aquellos que se encuentren involucrados en la producción y la distribución de cualquier material pornográfico que implique a menores, así como para los que posean dicho material. Asimismo, establece la necesidad

de garantizar la cooperación internacional, la detección de empresas, asociaciones o individuos que utilicen a niños o niñas para la producción de este material e incluso medidas de sensibilización a la opinión pública en general.

La problemática de la pornografía infantil también ha sido objeto de diferentes Congresos. En este sentido, se llevó a cabo en el año 1996, en Estocolmo, el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. De especial importancia son los acuerdos a los que se llegó. Así se acordó, conceder una alta prioridad a la acción contra la explotación sexual comercial de los niños y asignar los recursos adecuados para este fin; promover una cooperación más sólida entre los Estados y todos los sectores sociales para prevenir la participación de los niños en el comercio sexual y reforzar el papel de la familia en la protección de los niños contra la explotación sexual comercial; promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños, así como otras formas de explotación sexual, condenar y castigar a todos los delincuentes implicados, ya sean locales o extranjeros, a la vez que se garantiza que las víctimas infantiles de estas prácticas quedan exonerados de toda culpa; examinar y revisar allí donde sea oportuno, la legislación, las políticas, los programas y las prácticas vigentes con el fin de eliminar la explotación sexual comercial de los niños; aplicar la legislación, las políticas y los programas para proteger a los niños frente a la explotación sexual comercial y reforzar la comunicación y cooperación entre las autoridades encargadas de la

aplicación de la ley; promover la adopción, implementación, y diseminación de leyes, políticas y programas con el apoyo de los mecanismos pertinentes a nivel local, nacional y regional contra la explotación sexual comercial de los niños; desarrollar e implementar planes y programas integrales, que incluyan las diferencias de género, para prevenir la explotación sexual comercial de los niños, y proteger y asistir a las víctimas infantiles con el fin de facilitar su recuperación y reintegración dentro de la sociedad; crear un clima adecuado mediante la educación, la movilización social y las actividades de desarrollo para garantizar que los progenitores y otras personas legalmente responsables puedan cumplir sus derechos, obligaciones y responsabilidades para proteger a los niños frente a la explotación sexual y comercial; movilizar a los políticos y otros aliados relevantes, las comunidades nacionales e internacionales, comprendidas las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, para ayudar a los países en la eliminación de la explotación sexual comercial de los niños; y resaltar el papel de la participación popular, comprendida la de los propios niños, en la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de los niños. En este Congreso se aprobó la Declaración y el Programa de Acción Mundial contra la Explotación Sexual Infantil.

Tras este panorama, en la Resolución del Consejo de Europa 1099 (1996), *sobre la explotación sexual de los niños* constituye un impulso para que los Estados miembros inicien reformas legislativas en materia de pornografía infantil.

Otro ámbito al que debe atenderse es al establecimiento de políticas comunes, con la finalidad de investigar los diversos comportamientos delictivos. Haciendo referencia al uso de Internet como mecanismo de producción de páginas de contenido pornográfico, el Consejo de Europa adopta una Resolución el 17 de febrero de 1997, *sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet* para luchar contra la difusión de mensajes de carácter pederasta. Posteriormente, se aprueba la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos de Internet. En ella se hace especial referencia a la libertad de expresión y reconoce la libre circulación de información en Internet como manifestación de la misma.

Desde la perspectiva del trabajo infantil, es el Convenio de la OIT nº 182 el que establece la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, así como la necesidad de adoptar acciones inmediatas para su eliminación. Este documento aporta un reconocimiento expreso de las peores formas de trabajo infantil, incluyendo entre estas la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.

Más concretamente, en el año 2000, se aprueba en Naciones Unidas el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño *relativo a la venta de niños, prostitución y la utilización de niños en la pornografía*. Este Protocolo, define de manera expresa la pornografía infantil como *“toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a*

actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales". Además, declara que todo Estado Parte deberá tipificar en su legislación penal *"la producción, distribución, divulgación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines que se definen en el artículo 2"*.

Por su parte, el Consejo de Europa adopta el 31 de octubre de 2001 la Recomendación (2001)*sobre la protección de los niños contra la explotación sexual*. Es de gran relevancia dicha Recomendación, pues es la primera en incluir dentro de material pornográfico, aquél que muestre a una persona que aparentemente sea un menor desarrollando una conducta sexual explícita. Por lo que incluye dentro de material pornográfico, aquellas imágenes en las que se visualicen personas mayores de edad pero que parecieran menores.

Desde la perspectiva de la utilización de las nuevas tecnologías en la pornografía, el 26 de enero de 2001 se presenta la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para la creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos (Europe 2002). Es importante dicha comunicación puesto que se reconoce expresamente la pornografía infantil como manifestación de los delitos informáticos.

Asimismo, el 23 de noviembre de 2001 se celebra el Convenio sobre la Cibercriminalidad, también conocido como Convenio de Budapest, donde se indica qué actuaciones deben tipificarse bajo la denominación de “*pornografía infantil en la red*”. Así debe castigarse a toda persona que produzca pornografía infantil con el propósito de distribuirla a través de sistemas informáticos; ofrezca pornografía infantil a través de un sistema informático; distribuya o transmita pornografía infantil a través de un sistema informático; procure pornografía infantil a través de un sistema informático para sí mismo o para terceros, posea pornografía infantil en un sistema informático. Además, también procede a identificar que imágenes deben tener la consideración de pornografía infantil, incluyendo, en el mismo sentido comentado sobre la Recomendación (2001), la pornografía infantil técnica que ya hemos procedido a su definición en el primer epígrafe.

En el año 2001, se celebró en Yokohama el II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. Cabe destacar entre los objetivos de dicho Congreso, revisar los adelantos logrados respecto de los acuerdos conseguidos en el Primer Congreso. Al respecto, se han logrado ciertos progresos, sería el caso de proyectos para la protección de niños especialmente vulnerables a la explotación, investigaciones sobre el perfil de los pederastas, campañas de información dirigidas al público.

En el ámbito de la Unión Europea, también se ha prestado atención a la necesidad de proteger al menor frente a su abuso y explotación sexual,

aprobándose sucesivos documentos que tienen una mayor fuerza vinculante para España. Así, cabe mencionar en primer lugar, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*. La innovación que aporta esta Decisión es la relativa a tipificar como delito de pornografía infantil la pseudopornografía. Ahora bien, en la misma se establece que podrá excluirse al arbitrio del Estado la tipificación de la pornografía técnica, la producción y posesión de material pornográfico infantil cuando los menores hayan alcanzado la edad mínima para consentir sexualmente, en los casos de pseudopornografía, posea con carácter privado la iconografía.

Más recientemente, concretamente el 13 de diciembre de 2011, en el seno de la Unión Europea, se aprobó la Directiva *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo acabada de mencionar. Tal y como se refleja en el considerando sexto de la misma, el delito de pornografía infantil exige *la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. El interés superior del menor debe ser la consideración primordial a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos con arreglo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.*

En el contexto de la pornografía infantil, el catálogo de conductas y sanciones que deben adoptar los Estados miembros es el que sigue: a) Adquisición o posesión simple de material pornográfico infantil; b) el acceso con conocimiento a material pornográfico infantil a través de las tecnologías de la información y la comunicación; c) la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; d) el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil; e) la producción de pornografía infantil; f) queda a la discrecionalidad de los Estados si se castigan las anteriores conductas cuando se tratara de pornografía infantil simulada, es decir, la inclusión de dicha conducta es de carácter potestativo y cuando el material pornográfico muestre imágenes de un menor participando en imágenes sexuales explícitas, con fines sexuales, haya sido producido y esté en posesión de su productor para su uso estrictamente privado. Cabe remarcar este último punto, y es que, la Directiva no establece la obligatoriedad de que los Estados la tipifiquen como delito en sus respectivas legislaciones, quedando a la discrecionalidad de los Estados su previsión como delito.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS

El desarrollo de la presente tesis, empecé con la recolección de bibliografía relacionada al tema de investigación, seguido de la selección meticulosa de los diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomando como referentes una serie de autores y publicaciones, así como doctrina y jurisprudencia, y aplicado a la investigación de campo, técnicas que me sirvieron para analizar la problemática de estudio, que me dieron la pauta para su elaboración, entre los cuales analicé la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal, Jurisprudencia y otros cuerpos legales, así como obras que tuvieron relación con el presente tema a investigarse.

5.2. MÉTODOS

En el tratamiento de la presente investigación y dando cumplimiento a los objetivos y la hipótesis entre otros, se aplicará métodos afines para desarrollar el mismo, como el método científico, inductivo-deductivo, dentro de los parámetros lógicos, comparativo y bibliográfico, lo cual orientará el proceso investigativo propuesto.

El método científico consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

He recurrido a la aplicación del método deductivo, mediante el cual aplicaré los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios a analizarse, lo cual me permitirá encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos, también me servirá para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos.

Para el desarrollo de la tesis también se ha utilizado el método inductivo, el que me permitirá utilizar el razonamiento para que, partiendo de casos particulares, llegar a conocimientos generales.

Con la aplicación del método empírico, se hizo posible la obtención de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto de la acción de protección en la aplicación de los procesos. Así como deben la conveniencia de la aplicación de este recursos ante los jueces y tribunales de nuestro país.

El método analítico tiene relación al problema que se ha investigado por cuanto me ha permitido estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El

análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

Finalmente con la aplicación del método estadístico, el mismo que me ha permitido establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

En lo que respecta a la fase de la investigación de campo, es decir para la aplicación de las encuestas y entrevistas al problema de interés social de este tema de estudio, se procederá a definir tanto la población o universo como la muestra que se va a estudiar, pues la obligación como está integrada por abogados en libre ejercicio profesional, Jueces de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Estas encuestas serán en un número de 30 y 5 entrevistas respectivamente para obtener la información empírica.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica y por instrumentos respectivos y Reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja para tal efecto.

6. RESULTADOS

6.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

Con la finalidad de constatar la existencia del problema jurídico investigado, y demostrar la validez de la hipótesis planteada, dentro de la presente tesis, he determinado la necesidad de utilizar la técnica de la encuesta, y dando cumplimiento con la investigación de campo, la misma me permitirá orientar y que será un verdadero aporte para llegar a las conclusiones y recomendaciones con los argumentos jurídicos dentro del tema propuesto, para lo cual se construyó cinco preguntas, de la misma se procedió a aplicar 30 encuestas, las mismas que han sido dirigidas a profesionales del derecho, sobre la temática investigada. Presentamos seguidamente el análisis de los resultados, en donde hemos obtenido la siguiente información:

Pregunta N° 1.

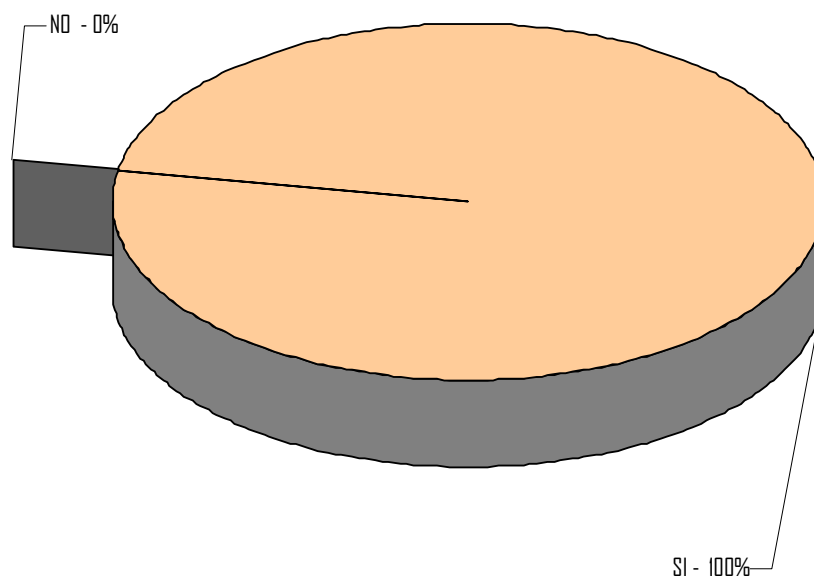
¿Conoce usted en qué consiste la pornografía infantil?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

GRÁFICO N° 1



Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

De las respuesta obtenidas a la primera interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, todos ellos contestan que conoce en qué consiste la pornografía infantil, lo que representa el 100% de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

De lo que podemos deducir que las personas consultadas son conocedoras del problema que se investiga, asimismo manifiestan que la pornografía infantil consiste en la utilización de menores de edad con el objeto de realizar material videográfico, escrito o de cualquier otra naturaleza con un contenido sexual, cabe indicar que como lo hemos visto en el acopio teórico podemos decir a ciencia cierta que la exposición de los menores a esta clase de delito provoca efectos psicológicos irreversibles, así como desensibiliza a las personas que frecuentan la utilización de esta clase de materiales y los hace propensos a cometer delitos sexuales en contra de menores de edad.

Pregunta N° 2.

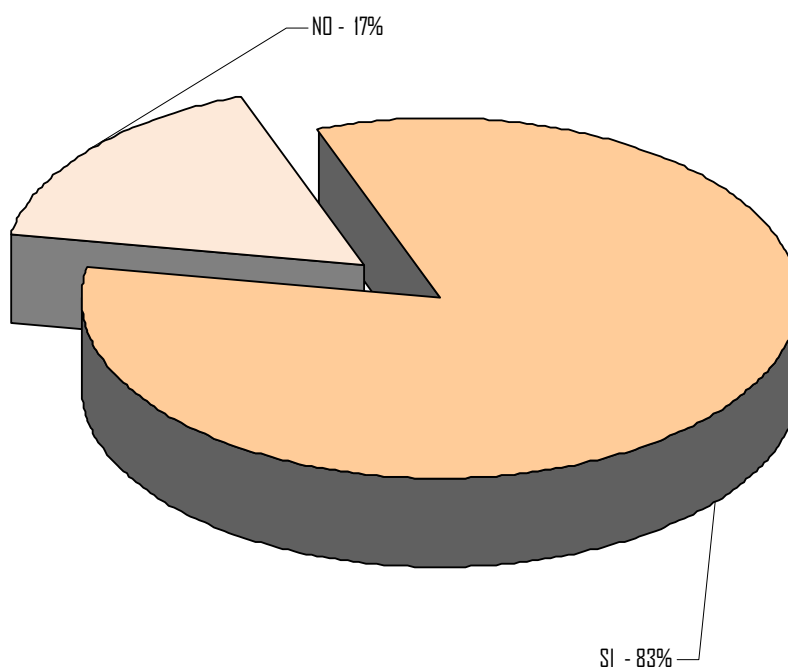
¿Cree usted que la pornografía infantil se da en nuestro medio?

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

GRÁFICO N° 2



Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

A la segunda interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 25 de ellos consideran que la pornografía infantil si se da en nuestro medio, lo que representa el 83%; en tanto que 5 de ellos manifiestan por la opinión contraria, lo que representa el 17% del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

Se puede apreciar, que la mayoría de las personas encuestadas manifiestan que la pornografía infantil aunada al avance tecnológico y en las telecomunicaciones ha hecho posible que exista una proliferación de esta clase de delitos, nuestro país no es ajeno a este fenómeno, pues entonces resultaría por demás ilógico suponer que el Ecuador sea el único país en el mundo en donde no se encuentran delitos como el que es objeto del presente estudio.

Pregunta N° 3.

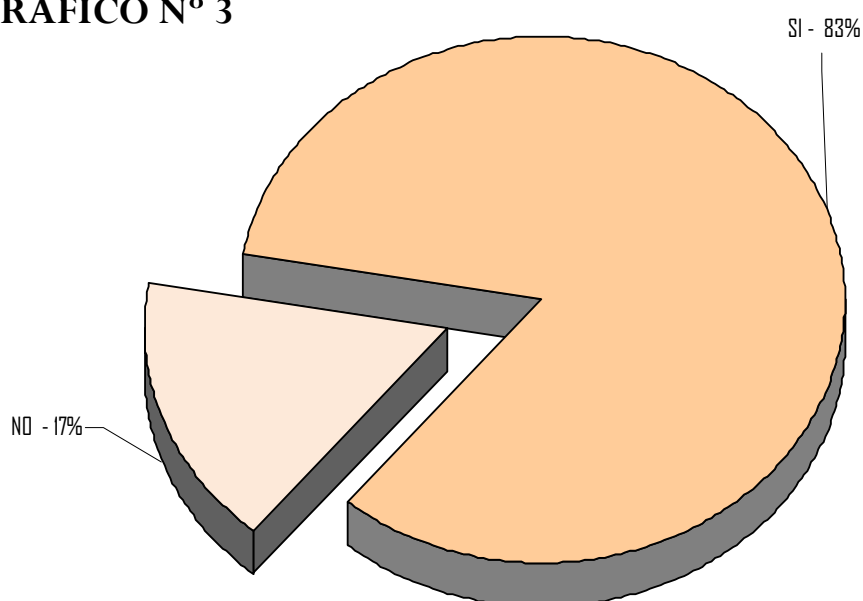
¿Considera usted que la falta de controles eficaces ha provocado que este delito proliferare?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

GRÁFICO N° 3



Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

A la tercera interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 25 de ellos consideran que efectivamente la falta de controles férreos ha hecho que este delito proliferen en nuestro medio, lo que representa el 83%; en tanto que 5 de ellos se manifiestan contrarios a esta hipótesis, lo que representa el 17% del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

De lo que manifiestan los encuestados, se puede apreciar que la falta de controles eficaces por parte de las autoridades ha provocado efectivamente que exista una desmedida proliferación del delito de pornografía infantil, pues cada vez es más difícil ejercer controles en especial desde la llegada de internet, pues cada persona desde cualquier parte del mundo puede constituirse en difusor de material pornográfico en donde se encuentren involucrados menores de edad, de tal manera que los escasos esfuerzos por controlar el problema se tornan en infructuosos.

Pregunta N° 4.

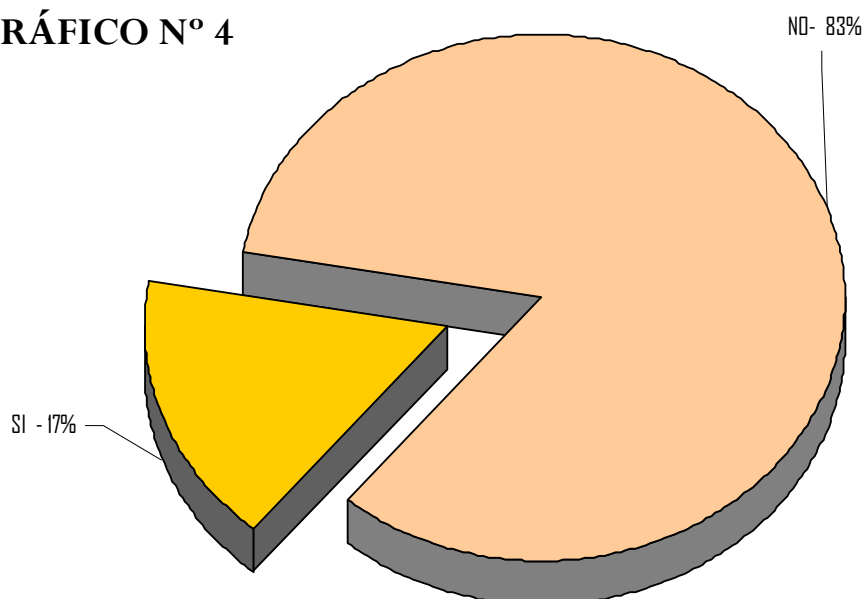
¿Cree usted que las normas existentes en torno a la pornografía infantil son suficientes para evitar que este delito prolifere?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

GRÁFICO N° 4



Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

A la cuarta interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 25 de ellos consideran que las normas existentes no son suficientes para evitar que este delito prolifere, lo que representa el 83%; en tanto que 5 de ellos manifiestan lo contrario, lo que representa el 17% del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

De lo manifestado por los encuestados se puede deducir que la mayoría de ellos están de acuerdo en que la mayor parte de los controles que se ejercen actualmente resultan ineficaces a tal punto que la ley inclusive resulta ineficiente ante este grave problema social, que deja a nuestros niños en una situación de desprotección ante los embates de la delincuencia especializada que estamos tratando.

Pregunta N° 5.

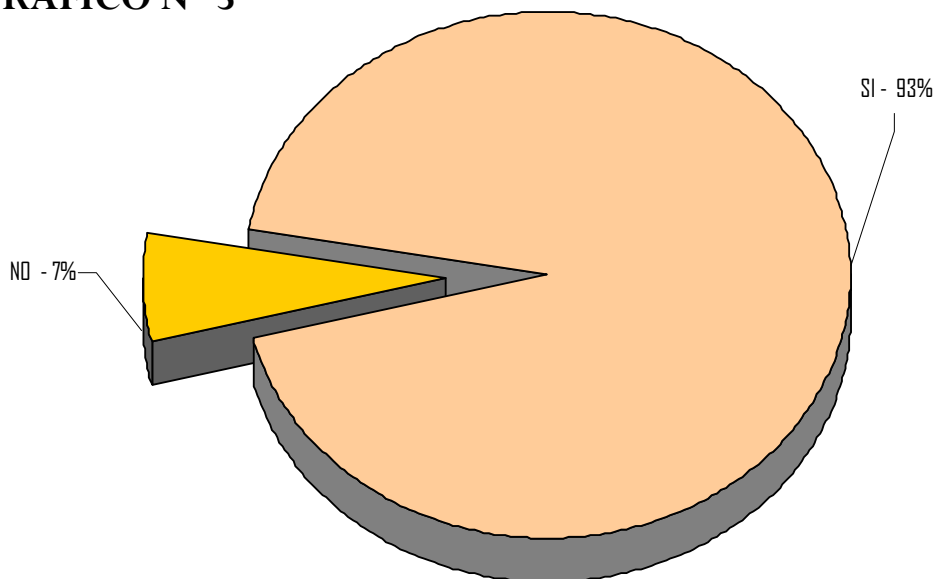
¿Considera usted que es necesario establecer una reforma al Código Penal, con el objeto de establecer sanciones severas por el delito de pornografía infantil para evitar que proliferen este delito?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	%
SI	28	93
NO	2	7
TOTAL	30	100

Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

GRÁFICO N° 5



Fuente: Encuestas Abogados
Elaboración: El autor

ANÁLISIS:

A la sexta interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 28 de ellos consideran que debe realizarse una reforma al Código Penal con el objeto de determinar sanciones más severas por esta clase de delitos, lo que representa el 93%; en tanto que 2 de ellos manifiestan que no es necesario, lo que representa el 7% del total de la muestra.

INTERPRETACIÓN:

Los mayoría de los encuestados manifiestan que es necesario que se realice una reforma al Código Penal con el objeto de sancionar severamente el delito de pornografía infantil, esto sumado a controles más eficaces con la ayuda de los proveedores de internet, podría hacer que este delito disminuya, pues resulta inútil una reforma a la ley para mejorar su calidad si el control es ineficiente, de tal manera que esta reforma debe ir encaminada no solo a imponer sanciones más severas sino también a imponer controles irrestrictos por la difusión de materiales pornográficos en los que se vean involucrados menores de edad.

6.2. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Es importante el conocer el criterio de juristas especialistas en derecho penal, de forma directa y con apreciación crítica y directa, mediante el método de la entrevista, para lo cual me he permitido realizar las siguientes interrogantes dirigidas a funcionarios judiciales en especial a Jueces de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por lo que a continuación se da a conocer los resultados obtenidos en la entrevista:

Pregunta N° 1.

¿Qué concepto tiene usted de la pornografía infantil?

Análisis:

Los entrevistados, consideran que la pornografía infantil es un delito a través del cual se produce material pornográfico en el que participan menores de edad en visibles actitudes sexuales, lo que se encuentra tipificado por la ley como un delito, pues como sabemos los menores de edad no pueden participar en estos actos, ya que los menores de edad no están en la capacidad legal para consentir en realizar actos en los que se involucren actos sexuales, por su estado de incapacidad legal.

Pregunta N° 2.

¿Cree usted que el avance de la tecnología en especial el internet tiene relación con la proliferación de la pornografía infantil en nuestra sociedad?

Análisis:

Los entrevistados, concuerdan con el criterio que el avance de la tecnología en especial el avance que ha alcanzado los medios de comunicación ha provocado de manera indirecta que personas inescrupulosas hagan de la internet un medio para encontrar y proveer de material pornográfico y muchas veces este material está relacionado con menores de edad, por la discreción que muestra la internet resulta prácticamente imposible lograr determinar los responsables de una u otra página y de su contenido por lo que los proveedores son los llamados a imponer sistemas de registro y control de las personas a quienes proveen de sus servicios.

Pregunta N° 3.

¿Considera usted que las normas atinentes a la pornografía infantil en el Código Penal son suficientes para erradicar este problema y evitar que el mismo prolifere en nuestra sociedad?

Análisis:

Los entrevistados se inclinan por manifestar que las normas contenidas en el Código Penal referentes a la pornografía infantil no son eficaces pues falta una mayor normativa y más rigurosa, pues por la falta de rigurosidad junto con el avance en la tecnología se ha producido un aumento en la incidencia de este delito, por otro lado se debe tener en consideración que es preciso que al mismo tiempo de normas más estrictas y eficaces debe existir un mejor control sobre la circulación de material pornográfico lo que no podrá ser posible sin la ayuda de los proveedores de internet en especial, pues este es el medio de comunicación en el que más se puede encontrar esta clase de material.

Pregunta N° 4.

¿Cree usted necesario realizar una reforma al Código Penal, con el objeto de radicalizar las sanciones por el delito de pornografía infantil y en el mismo sentido aumentar los controles para evitar su proliferación en nuestra sociedad?

Los encuestados concuerdan en manifestar que efectivamente es evidente que hace falta una reforma al Código Penal con el objeto de radicalizar las penas previstas por pornografía infantil y de la misma manera que se mejoren los controles, pues poco o nada se hace en nuestro país por

el evitar que se comercialice o difunda en medios de comunicación como el internet material pornográfico en el cual se encuentren involucrados menores de edad, de tal suerte que una reforma es necesaria y debe realizársela de manera urgente, para que la ley vaya a la par con los cambios sociales y tecnológicos que atraviesa la sociedad.

6.3. ESTUDIO DE CASOS

Primer Caso

En Juicio oral y público, seguido por delito de pornografía infantil, contra **JAVIER NAUZET NARANJODÍAZ**, nacido el 5 de junio de 1986, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, en la que han sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de pornografía infantil, previsto y penado en el Código Penal, estimando responsable del mismo en concepto de autor al referido acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y pago de costas.

SEGUNDO: La defensa del acusado, en sus conclusiones también definitivas, solicitó su libre absolución, al no existir prueba de cargo que lo implique en la realización de los hechos que se le imputan.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Probado y así se declara que desde fecha no determinada, pero

al menos durante el período comprendido entre enero de 2006 a marzo de 2007, el acusado **JAVIER NAUZET NARANJO DÍAZ**, ha realizado en su ordenador personal en su domicilio, diversas descargas de archivos que contienen imágenes y videos de menores de edad que son objeto de todo tipo de prácticas sexuales explícitas por parte de adultos, contribuyendo con ello a menoscabar la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia, prácticas sexuales que consisten, entre otras, en penetraciones vaginales, anales o bucales realizadas en numerosas ocasiones a menores de escasos años de edad, así como a otros de siete, de nueve o de diez años de edad, en cualquier caso, todo ellos notoriamente menores de trece años. En concreto y sin ánimo exhaustivo, el acusado tenía decenas de archivos en el disco duro de su ordenador y, al menos cinco DVDs con multitud de archivos que contenían explícita pornografía infantil y en uno de ellos, por ejemplo, había grabado imágenes tales como felación de un niño de unos diez años a un adulto. Se puede observar a una niña de tres o cuatro años exhibiéndose o penetrada vaginal y analmente o introduciéndole un adulto vaginalmente objetos como un rotulador o, entre otras, la masturbación de un adulto sobre la cara de la niña.

SEGUNDO: Para la realización de las descargas descritas, el acusado se sirvió del programa de intercambio de archivos llamado e-mule, un programa cliente de e-donkey, sabiendo que, al participar en esta red de intercambio de archivos con el referido programa, ponía a disposición de los demás

usuarios de la red como efectivamente puso los archivos citados en el párrafo anterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de pornografía infantil, previsto y penado en el Código Penal. Llegando a la conclusión de que los narrados son los realmente acaecidos lo que se logró tras una valoración en conciencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción y con todas las garantías legales y constitucionales; pruebas que son de signo inequívocamente incriminatorio o de cargo y aptas para debilitar la presunción de inocencia del acusado. El Código Penal castiga a: El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

FALLO

Se condena a **JAVIER NAUZET NARANJO DÍAZ** como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prostitución y corrupción de menores previsto y penado por el Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias

modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

Segundo Caso

En juicio seguido por delito de CORRUPCIÓN Y PROSTITUCIÓN DE MENORES contra **Joaquín González Bravo**, habiendo sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de Abril de 2006 se celebró el juicio oral. En dicho acto, después de practicadas las pruebas, el Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, y calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado relativo a la prostitución y corrupción de menores, previsto y penado por el Código Penal, e interesó la condena del acusado Joaquín como autor de dicho delito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de 8 años de prisión, accesorias legales y costas.

SEGUNDO.- La Defensa del acusado, en igual trámite, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitó la libre absolución de su patrocinado.

HECHOS PROBADOS

RESULTA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que entre los meses de Octubre de 2005 y Febrero de 2006, el acusado Joaquín González Bravo, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la intención de satisfacer sus deseos libidinosos y los de terceros, a través de una de las redes de intercambios de ficheros, en concreto, la red Edonkey, y a través del programa Emule, descargó, y compartió con otros usuarios de la red, al menos en cinco ocasiones, ficheros de contenido pornográfico, en los que figuraban fotografías e imágenes explícitas de menores de edad, varios de ellos de edad notablemente inferior a los trece años, realizando prácticas sexuales de todo tipo con otros menores o con personas mayores de edad.

Tal actividad se llevaba a cabo por el acusado Joaquín a través de su ordenador personal, conectado a la red Edonkey, que se encontraba en su domicilio. En el disco duro del citado ordenador se encontraban archivadas seiscientos cincuenta imágenes y fotografías con el referido contenido. El acusado era consciente de que al descargarse los citados archivos pornográficos, los mismos eran compartidos con otros usuarios de la red.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de corrupción de menores, previsto y penado en el Código Penal

que castiga al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

FALLO

Se condena a Joaquín González Bravo como responsable penal, en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito continuado de prostitución y corrupción de menores previsto y penado en el Código Penal, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, condenándole asimismo al pago de las costas procesales.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

En el presente trabajo investigativo, sobre la temática **“NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA”**, se han presentado y planteado los objetivos tanto generales, como específicos, con el propósito de verificar si se han cumplido las metas programadas en la fase de planificación de la investigación, es así que a continuación me permito analizar cada uno de estas variables:

OBJETIVO GENERAL

→ **Realizar un análisis crítico, doctrinario y jurídico de las normas legales que regulan la pornografía infantil.**

A lo largo de la investigación se ha realizado un análisis tanto bibliográfico como empírico a través del estudio de las obras bibliográficas como de los resultados obtenidos en la aplicación de técnicas como la encuesta y la entrevista, hemos logrado realizar un estudio pormenorizado de la pornografía infantil y sus implicaciones legales, así como de las normas que regulan y sancionan esta práctica ilícita, llegando a determinar la existencia de falencias dentro de la norma legal, de tal manera que hemos

corroborado que este objetivo se ha cumplido a cabalidad pues el estudio que nos planteamos realizar se lo ha llevado a cabo a través de métodos necesarios para la realización de una investigación jurídica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

→ Determinar el grado de eficacia que tienen las normas legales atinentes a la pornografía infantil.

Se ha logrado determinar que efectivamente la pornografía infantil ha logrado un avance significativo debido a tres factores, al avance de la tecnología, especialmente por el internet, pues gracias a ello cualquier persona se puede constituir en difusor de material pornográfico, por la falta de controles eficaces pues cada vez se vuelve más difícil el establecer controles para determinar quiénes son los que introducen este tipo de material a la red; y por falta de normas legales eficaces que ayuden a establecer estos controles y evitar de esta forma la proliferación del delito de pornografía infantil.

→ Establecer si la normativa existente con respecto a la pornografía infantil es suficiente para evitar la proliferación de esta clase de delitos.

La pornografía infantil ha tenido un avance significativo en estos últimos tiempos en especial por el avance tecnológico existente, especialmente desde la llegada del internet podemos decir que este delito ha tenido un repunte por la facilidad que implica la internet para obtener o difundir esta clase de material, de allí que las normas existentes en nuestro país se han quedado estancadas y no han avanzado a la par con las nuevas tecnologías que exigen una modernización e la legislación, es por ello que las normas legales existentes en torno a la pornografía infantil se tornan ineficientes por esta carencia de modernidad, de tal manera que hemos demostrado que existe deficiencia en la norma y por lo tanto este objetivo ha sido cumplido ampliamente durante el proceso investigativo.

→ **Establecer el grado de incidencia que tiene la pornografía infantil en nuestro medio.**

Hasta hace poco nuestro país era considerado como una isla de paz, en el que poco incidían los fenómenos sociales y criminológicos que se podía evidenciar en otras regiones del mundo, lamentablemente esto ha cambiado, con la llegada de nuevas tecnologías y con la globalización, de tal manera que en el resto del mundo se ve como la pornografía infantil a proliferado y nuestro país no es ajeno a este fenómeno, de tal suerte que hemos llegado a comprobar que este delito ha ganado terreno no solo en otras sociedades, sino también en la sociedad ecuatoriana, en donde por la falta o ineficacia en los controles sobre este delito se ha percibido un

aumento del mismo, es así que hemos cumplido con este objetivo específico.

→ **Determinar la injerencia que tiene el avance tecnológico en la proliferación de la pornografía infantil.**

Especialmente desde la llegada del internet, la misma que significo un avance tecnológico significativo haciendo posible una mejor comunicación, personas inescrupulosas también han utilizado este medio de comunicación para difundir o conseguir material pornográfico en donde se incluye a menores de edad en actitudes sexuales, esto porque el internet ofrece una suerte de confidencialidad en donde se pueden verter opiniones y difundir materiales de todo tipo, lo que lógicamente incide en la proliferación de la pornografía infantil, la misma que avanza a la par con el avance tecnológico que alcanzado nuestra sociedad, es así que hemos determinado que el avance tecnológico ha incidido en gran parte para la proliferación del problema que es objeto del presente estudio, por lo que se ha cumplido este objetivo a cabalidad.

→ **Proponer una reforma legal al Código de Penal con el propósito de establecer una normativa clara que sancione la pornografía infantil.**

Es indispensable como se ha logrado determinar a lo largo de la investigación que se realice una reforma al Código Penal, específicamente al Título VIII, Capítulo...(III.1), “De los Delitos de Explotación Sexual”, pues como hemos visto no existe la normatividad suficiente lo que provoca que este tipo de actos se continúen dando en nuestra sociedad y que en muchos de los casos los mismos se queden impunes por esta deficiencia en nuestro sistema penal ecuatoriano y por la falta de controles eficaces, de tal manera que recomendamos se tome en consideración el proyecto de reforma que en líneas posteriores se hará conocer.

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al iniciar el presente trabajo investigativo hemos formulado la siguiente hipótesis:

“La deficiencia y falta de severidad en las normas legales que penalizan la pornografía infantil, asociado al avance tecnológico, provoca que exista una proliferación de la pornografía infantil”

Al conocer los resultados de la investigación jurídica, tanto de las encuestas como de las entrevistas, la presente hipótesis está comprobada positivamente, en vista de que podemos darnos cuenta que existe deficiencia en torno a las normas legales que penalizan la pornografía infantil, pues como podemos darnos cuenta el avance tecnológico alcanzado

por la sociedad actual en especial asociado a la llegada del internet ha provocado que las personas en cualquier punto del planeta se constituyan en difusores y obtengan material pornográfico en el cual participen menores de edad, haciéndose cada vez más difícil el instaurar controles efectivos que propendan a eliminar o al menos disminuir este problema en la sociedad ecuatoriana, de tal manera que se hace de imperiosa necesidad una reforma para armonizar las normas legales y establecer controles más estrictos a través de los proveedores de internet para de esta manera erradicar este mal.

7.3. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA

Según los activistas de la lucha contra la pornografía infantil "no se trata de limitar la libertad de expresión, ni restringir el derecho a la información veraz, ambos derechos consignados en la Constitución del Estado y garantizados por este cuerpo de normas legales, sino más bien de brindar protección a los valores morales y las buenas costumbres de la sociedad al tiempo de proteger a los menores de edad que se pueden ver expuestos a este tipo de material inclusive que pueden ser explotados sexualmente al ser utilizados para la producción de estos materiales nocivos, así como brindar cierta seguridad a los ciudadanos que habitan y circulan de manera libre en el territorio nacional es decir brindar seguridad jurídica y social, siendo este un deber del Estado.

Con la iniciativa de radicalizar las sanciones determinadas en el Código Penal para este tipo de actividades, se pretende regular y restringir la importación, distribución, comercialización y reproducciones gráficas, videos, cintas cinematográficas o audio visual o de cualquier otro material o propaganda pornográfica en donde participen menores de edad, que como hemos visto en el transcurso del presente estudio la pornografía desencadena otro tipo de delitos sexuales en contra de menores de edad atentando contra la integridad de un grupo humano tan vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes, así como contra la moral pública y las buenas costumbres.

Una ley de esta naturaleza afectaría a los negocios que alquilan y venden películas en formatos de VHS y el DVD, e incluso a las programaciones normales de los canales locales y el cable, y principalmente a la pornografía ilegal que por la falta de normas claras y rígidas ha alcanzado un auge debido al internet y otros medios que han aparecido con el avance de la tecnología actual.

Ante tales circunstancias es imperativo que se lleve a cabo una reforma al Código Penal, haciendo posible un mejor control de este tipo de actividades ilícitas, esto sumado a la colaboración que deben prestar los proveedores de internet, con el propósito de establecer un sistema eficaz de materiales pornográficos en donde participan menores de edad, comprendiendo por tal, los niños, niñas y adolescentes.

8. CONCLUSIONES

- 1.- La pornografía infantil consiste en la difusión o recolección de material pornográfico en donde se encuentran involucrados menores de edad.
- 2.- La pornografía infantil ha alcanzado niveles peligrosos especialmente con la llegada del internet.
- 3.- Cualquier persona alrededor del mundo puede constituirse en difusor de material pornográfico así como tener acceso a este tipo de material.
- 4.- La legislación penal no sanciona severamente este tipo de delitos, lo que contribuye a su proliferación.
- 5.- Los controles son ineficientes pues resulta prácticamente imposible detectar a la persona que sube material pornográfico en donde aparecen menores de edad en el internet.
- 6.- Los proveedores de internet también deberían contribuir para el control de este tipo de material, dando las facilidades para que las autoridades puedan identificar y sancionar a los infractores.

- 7.-** La pornografía infantil aunque parece lejana en nuestra sociedad y en el medio en el que nos desarrollamos es una amenaza real, pues cualquier persona en la actualidad puede subir este tipo de material a la red.
- 8.-** La imposición de sanciones más radicales y severas haría posible que este tipo de delitos descienda y tienda a desaparecer.
- 9.-** La pornografía infantil desencadena otro tipo de delitos como violaciones, incestos, entre otros.
- 10.-** La legislación actual resulta insuficiente pues no establece normas severas en aras de lograr una erradicación del delito de pornografía infantil en el Ecuador.

9. RECOMENDACIONES

Si son válidas las conclusiones anteriores, considero estar en la capacidad de entregar las siguientes sugerencias o recomendaciones:

- 1.- Es necesario que se realice un estudio exhaustivo de las leyes, y en especial de las leyes penales que son las que cumplen la función de proteger los bienes jurídicos que se reconocen a las personas.
- 2.- Es recomendable que se realice controles más exhaustivos con el propósito de erradicar la pornografía infantil.
- 3.- Los proveedores de internet deben contribuir con el listado de personas a las que les proveen de internet para que las autoridades puedan actuar ante una eventual subida a la red de material pornográfico.
- 4.- La pornografía infantil como en el caso de todo vicio si no tuviera demanda no hubiera producción de tal manera que es necesaria una campaña de concienciación para erradicar este mal.
- 5.- Se debería crear un ente especializado de la Policía para el respectivo rastreo de este tipo de materiales y otros delitos informáticos.

- 6.- La sociedad no puede permanecer indolente y haciendo como que este delito no existe en nuestro medio, de tal manera que se debe llevar a cabo una campaña de protección a los menores contra esta clase de delitos.
- 7.- Es imprescindible que desde el gobierno se impulse políticas e iniciativas para la erradicación de la pornografía infantil.
- 8.- Es indispensable que se reforme el Código Penal con el objeto de tipificar y sancionar de mejor manera la pornografía infantil y de esta forma evitar que se sigan dando esta clase de ilícitos.
- 9.- Por ultimo sugiero que se tome en consideración el proyecto de reforma que acompaño lo cual haría posible tener una normativa clara con respecto de la pornografía infantil.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

C O N S I D E R A N D O

Que es indispensable armonizar las normas jurídicas que se consagran el ejercicio del derecho social, y en especial del Derecho Penal y mejorar algunas disposiciones legales, para que algunos actos sean sancionados de acuerdo a su gravedad conforme al principio de proporcionalidad.

Que la Constitución de la República del Ecuador, es el conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad, estableciendo la normatividad y garantizando la libertad.

Que el actual Código Penal no prevé sanciones acordes a un delito tan reprochable como es la pornografía infantil.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 120, numeral 6to de la Constitución del Estado.

E X P I D E

La siguiente Ley Reformatoria al Código Penal:

Art. 1. En el Título VIII, Capítulo...(III.1), sustituyese el el Art... (528.7) con el siguiente:

SUSTITÚYASE:

Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de nueve a doce años de reclusión, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio, así como una multa de cincuenta a cien salarios mininos unificados.

Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas sea grabado o fotografiado la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años al momento de la creación de la imagen.

Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad.

Cuando en estas infracciones, la víctima sea un menor de doce años o discapacitado, o persona que adolece enfermedad catastrófica, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de dieciséis a veinticinco años, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio; y, en caso de reincidencia, la pena será de hasta treinta y cinco años de reclusión mayor especial y multa de cien a quinientos salarios mínimos vitales unificados.

Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima, serán sancionados con la pena de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor extraordinaria, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio y multa de cien a quinientos salarios mínimos vitales unificados.

Si la víctima fuere menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena.

Los proveedores de internet tienen la obligación de contribuir con la información de sus clientes cuando la autoridad lo requiera, con el objeto de

identificar a los infractores de esta ley, en caso de incumplimiento los proveedores serán sancionados con multa de diez a treinta salarios mínimos unificados.

Artículo Final.

Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los

.....

Presidente de la Asamblea Secretario General de la
Nacional Asamblea Nacional

10. **BIBLIOGRAFÍA**

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2008.
- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Año 2010.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 2002.
- Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.
- J. DE SUA, Tratado de Derecho Penal, Tercera Edición, Buenos Aires - Argentina, 1964.
- MORILLO Acuña, Fausto, La Pornografía Infantil, Primera edición, editorial escuela nueva, Lima Perú
- www.ContraLaPornografiaInfantil.Org, Enciclopedia familiar, Tomo 9, Editorial Santiago Ltda. 1998 Lima Perú.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Distinguido Abogado, mucho agradeceremos se sirva contestar la presente encuesta, emitiendo su valioso criterio, el cual me permitirá obtener información para realizar la tesis sobre el tema "NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA"

1. ¿Conoce usted en qué consiste la pornografía infantil? Consigne un concepto.

SI () NO ()

Explique.....
.....
.....

2. ¿Cree usted que la pornografía infantil se da en nuestro medio?

SI () NO ()

Explique?.....
.....
.....

3. ¿Considera usted que la falta de controles eficaces ha provocado que este delito proliferare?

SI () NO ()

Explique?.....
.....
.....

4. ¿Cree usted que las normas existentes en torno a la pornografía infantil son suficientes para evitar que este delito prolifere?

SI () NO ()

Explique?.....
.....
.....

5. ¿Considera usted que es necesario establecer una reforma al Código Penal, con el objeto de establecer sanciones severas por el delito de pornografía infantil para evitar que prolifere este delito?

SI () NO ()

Explique?.....
.....
.....

Gracias por su Colaboración

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

Distinguido Abogado, mucho agradeceré se sirva contestar la presente entrevista, emitiendo su valioso criterio, el cual me permitirá obtener información para realizar la tesis sobre el tema "NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON EL OBJETO DE RADICALIZAR LAS PENAS POR PORNOGRAFÍA INFANTIL Y EVITAR QUE SE SIGA PROLIFERANDO ESTA PRÁCTICA"

Pregunta N° 1.

¿Qué concepto tiene usted de la pornografía infantil?

Su criterio:

.....
.....

Pregunta N° 2.

¿Cree usted que el avance de la tecnología en especial el internet tiene relación con la proliferación de la pornografía infantil en nuestra sociedad?

Su criterio:

.....
.....
.....

Pregunta N° 3.

¿Considera usted que las normas atinentes a la pornografía infantil en el Código Penal son suficientes para erradicar este problema y evitar que el mismo prolifere en nuestra sociedad?

Su criterio:

.....
.....
.....

Pregunta N° 4.

¿Cree usted necesario realizar una reforma al Código Penal, con el objeto de radicalizar las sanciones por el delito de pornografía infantil y en el mismo sentido aumentar los controles para evitar su proliferación en nuestra sociedad?

Su criterio:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Gracias por su Colaboración

INDICE

CARATULA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORIA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.	2
2.1. Abstract.	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL	9
4.1.1. Definición	9
4.1.2. La acotación conceptual de la pornografía infantil	13
4.1.3. Tipos de Pornografía Infantil	15
4.2. MARCO DOCTRINARIO	18
4.2.1. Aspectos generales relacionados con la pornografía infantil	18
4.2.2. Datos internacionales	19
4.2.3. La transformación de la producción y difusión de la pornografía infantil motivada por la eclosión del internet	21
4.2.4. Modalidades de pornografía infantil	26
4.3. MARCO JURÍDICO	30
4.3.1. El tráfico de pornografía infantil en el internet, problemas jurídicos legales.	30
4.3.2. Efectos psicológicos y sociales de la pornografía	37
4.3.3. Análisis jurídico del problema de la pornografía infantil	43
4.3.4. Derecho comparado	49
5. MATERIALES Y MÉTODOS	59

6. RESULTADOS	62
6.1. Presentación de los resultados de las encuestas	62
6.2. Presentación de los resultados de las entrevistas	73
6.3. Estudio de casos	77
7. DISCUSIÓN	83
7.1. Verificación de Objetivos	83
7.2. Contrastación de hipótesis	87
7.3. Fundamentación de la propuesta de reforma	88
8. CONCLUSIONES	90
9. RECOMENDACIONES	92
9.1. Propuesta de reforma	94
10. BIBLIOGRAFÍA	98
11. ANEXOS	99
INDICE	103