

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

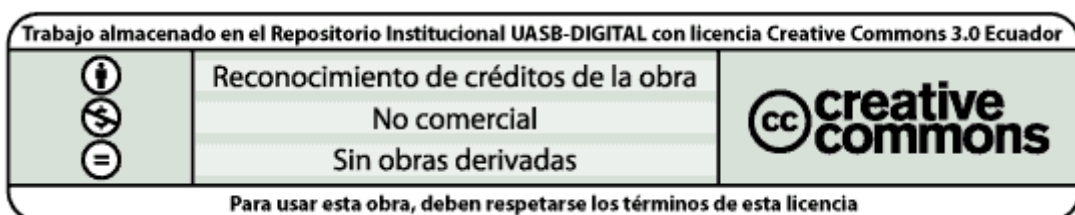
**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho Penal

**El tratamiento del delito de pornografía infantil en la legislación  
ecuatoriana**

José Luis Alarcón Bowen

**2015**



## **CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

Yo, José Luis Alarcón Bowen, autor de la tesis intitulada *EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA* mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

**Fecha.** .....

**Firma:** .....

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR, SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN  
LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**AUTOR: JOSÉ LUIS ALARCÓN BOWEN**

**TUTOR: JUAN PABLO MORALES**

**QUITO**

**2015**

## **Resumen**

No hay equívoco al afirmar que la internet, así como el avance de las tecnologías de la información y comunicación han brindado a la humanidad significativos beneficios. Hoy imaginarse un mundo sin internet es impensable. Casi dos mil millones de habitantes del planeta están conectados a la red, y en todos los sectores de la sociedad se han utilizado estos medios para el desarrollo de las operaciones cotidianas.

Existen varias dificultades a la hora de aplicar la ley en los casos de pornografía infantil y procesar a los autores de este delito a través de los métodos tradicionales de investigación, es por esto que a lo largo del presente trabajo analizaremos aquellos problemas y a modo de propuesta determinaremos si es posible aplicar nuevos métodos de investigación como el agente encubierto cibernético o el allanamiento virtual para dar una respuesta efectiva a esta clase de delitos.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se dio un avance significativo en la tipificación del delito de pornografía infantil, y se incluyeron novedosas vías de investigación; no obstante, la carencia de instrumentos tecnológicos, la falta de planes de investigación consensuados, escasez de capacitación especializada, dificultades en la cooperación internacional y fundamentalmente la resistencia a la innovación, son circunstancias que dificultan su aplicación.

El avance legislativo que enfrentan los países desarrollados sobre la temática, ha permitido generar un instrumento guía para el manejo judicial de los delitos generados por las nuevas tecnologías; en particular, el Convenio de Ciberdelincuencia (Budapest), contempla preceptos sustantivos y procesales para un adecuado manejo del delito de pornografía infantil; si bien es cierto ha sido desarrollado en el margen de la Unión Europea, su contenido rebasa las instancias nacionales, propias de los delitos transnacionales, instrumento que puede ser tomado en cuenta para establecer regulaciones sobre la materia en nuestra región.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO PRIMERO .....	13
ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	13
1.1. Necesarias consideraciones dogmáticas .....	13
1.2. Concepto de pornografía infantil .....	20
1.3. Elementos del delito de pornografía infantil .....	23
1.3.1. Bien jurídico protegido.....	24
1.3.2. Sujeto activo – victimario .....	25
1.3.3. Sujeto pasivo – víctima .....	28
1.3.4. Material pornográfico.....	31
1.3.5. Tipo Subjetivo .....	33
1.4. El delito de pornografía infantil en el marco de las convenciones internacionales. .....	34
1.5. El delito de pornografía infantil en Ecuador .....	35
1.5.1. Tipo objetivo .....	38
1.5.2. Tipo subjetivo.....	52
1.5.3. Punibilidad .....	54
1.5.4. Aspectos no incluidos en el Código Orgánico Integral Penal .....	56
CAPÍTULO SEGUNDO .....	60
PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	60
2.1. Dificultades en la aplicación de la ley.....	60
2.2. Dificultades en la investigación de la pornografía infantil .....	65
2.3. Actualidad y tendencias para la investigación y tratamiento del delito de pornografía infantil .....	79
2.3.1. Métodos de distribución de pornografía infantil en internet .....	79
2.3.2. Vías de investigación .....	83
2.3.3. Cooperación internacional.....	93
CONCLUSIONES .....	99
BIBLIOGRAFÍA .....	105

## INTRODUCCIÓN

La vida digital, implantada en el cotidiano doméstico, de trabajo y de esparcimiento, conlleva la voluntaria o involuntaria exposición con la pornografía. Si bien es cierto existe un repudio generalizado frente a la exhibición de imágenes sexuales con menores de edad, no pueden ser descartados los hechos que confluyen en la configuración de estas prácticas. En Ecuador, en la última década, podemos encontrar en ediciones impresas o digitales de los principales medios de comunicación noticias relacionadas con la tenencia y distribución de pornografía infantil en la red; generalmente referidas a los operativos policiales llevados a cabo luego del trabajo conjunto y coordinado de cuerpos de inteligencia y seguridad de varios países. De manera ilustrativa presentamos una pequeña selección representativa de la dimensión del fenómeno que trataremos en el abordaje de la presente tesis:

*“Caso de Pornografía Infantil, los Burdett Cedeño se acogen al silencio.-* La menor de 9 años no dejó de mover las manos, al rendir su testimonio durante la audiencia de juzgamiento que se realizó contra sus victimarios: Jorge Burdett y Marina Cedeño, a los que, a pesar de las lágrimas, alcanzó a acusar de haberla violado desde que tenía 5 años. La Ministra Fiscal de la Nación, Mariana Yépez, también fue partícipe del relato y dijo que espera se logre la sanción que merecen todos los involucrados en este delito. La niña, después de dar su testimonio durante siete minutos, fue consolada por su madre y luego conducida por una psicóloga hasta el Instituto Nacional del Niño, para recibir atención especializada. En la sala, mientras tanto, las defensoras de las víctimas, Vilma Torres y Norma Márquez, exhibían dos de los videos donde aparece la niña mientras era abusada sexualmente, además de las pruebas ginecológicas y toxicológicas, que confirmaban la presencia de residuos de cocaína y marihuana en su sangre. Por lo expuesto, solicitaron al presidente del primer tribunal Penal, Webster Cevallos, que se estableciera una pena de 35 años de prisión para los esposos Burdett-Cedeño, quienes acudieron por cuarta ocasión a la Corte de Justicia de Guayaquil”. (Diario Hoy 30/09/2004).<sup>1</sup>

*“Red internacional de pornografía infantil tenía usuarios en Ecuador.-* El hombre fue detenido a las 05:00 del 30 de marzo último en su casa, en el sur de Quito. La alerta para la aprehensión la dio la Policía de Estados Unidos, que estableció que el sospechoso era usuario del portal de pornografía infantil denominado Dreamboard. En las investigaciones se detectaron varios ISP (servicios de provisión de Internet), desde los cuales se indagó a las personas que ingresaron a ese portal web, en Ecuador. Cinco de estos fueron utilizados presuntamente por el detenido, quien

---

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/caso-de-pornografia-infantil-los-burdett-cedeno-se-acogen-al-silencio-187189.html> visitada el 04 de junio del 2014.

usaba el nombre de usuario ('nick'): kr\_loco, para ingresar al sitio de pornografía infantil. Dreamboard fue desarticulada hace una semana en varios países y acusó a 72 personas vinculadas a esa red que alentaba el abuso sexual a niños. La investigación, iniciada en el 2009 llevó a la detención de 52 personas en 14 países: Estados Unidos, Canadá, Francia, Alemania, Hungría, Holanda, Kenia, Filipinas, Qatar, Serbia, Suecia, Suiza, Dinamarca y Ecuador.” (Diario El Comercio 02/04/2012).<sup>2</sup>

*“Autoridades alerta ante la pornografía Infantil.-* Un operativo realizado por policías y varios funcionarios de la Fiscalía a fines de marzo reveló el caso de una menor que fue "tocada por su profesor de música" en la entidad educativa a la que asiste a diario. Pero este no es un caso aislado. En los últimos meses, la Fiscalía General ha investigado casos de pedofilia (gusto sexual de los adultos por los niños) y de pornografía infantil. (Diario Hoy 11/04/2011)<sup>3</sup>

*“ Ecuador, punto de operación de red de pornografía infantil.-* Cuatro personas fueron arrestadas ayer en igual número de ciudades brasileñas, en desarrollo de una operación internacional contra una red de pederastas que también movilizó a la Policía de Ecuador, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Uruguay y Venezuela, informaron fuentes oficiales. Las detenciones fueron realizadas en Sao Paulo, la mayor ciudad brasileña, y en las poblaciones de Itaquaquecetuba, Santo André y Nova Iguazú, según un comunicado de la Policía Federal brasileña. (Diario La Hora 10/08/2013).<sup>4</sup>

Las notas de prensa destacadas nos permiten exponer las manifestaciones fenomenológicas que en los últimos años ha adquirido la pornografía infantil: su alojamiento, tráfico e intercambio mediante los espacios que facilita la red; así como, los espacios de convergencia a los cuales deben llegar los investigadores y los operadores de justicia en la persecución penal de los productores, traficantes y consumidores.

La pornografía infantil, como se aprecia, ha irrumpido con fuerza en los últimos diez años como un asunto de preocupación pública. Son varias las razones que han contribuido a su visibilización, por un lado podemos citar el sentimiento de protección que universalmente concierne a la defensa y promoción de los derechos de la niñez especialmente en su alcance global y su configuración como

---

<sup>2</sup> Disponible en: <http://www.uaf.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/archivo-de-noticias/402-red-internacional-de-pornografia-infantil-tenia-usuarios-en-ecuador.html>, visitada el 04 de junio del 2014.

<sup>3</sup> Disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/autoridades-alerta-ante-pornografia-infantil-469025.html>, visitada el 04 de junio del 2014.

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101546845#.U5DPbfl5NHQ>, visitada el 04 de junio del 2014.

un tipo penal de la delincuencia organizada. De otro lado podemos anotar el impacto que ha provocado la revolución informática y de las comunicaciones, favoreciendo la irrupción de lo privado hacia lo público. Podemos afirmar a priori, que la pornografía infantil de nuestros días es más que nunca pornografía infantil digital y ello le concede una cualidad con matices a ser analizados.

Los medios impresos de pornografía están siendo aletargados por su incorporación al internet; y al ser la pornografía infantil un delito con alto repudio social, busca a través de este medio y de las nuevas tecnologías de la comunicación, encontrar resquicios de validez y continuidad.

Otro factor que ha hecho de la pornografía infantil un aspecto de relevancia pública tiene que ver con el esfuerzo de las instituciones sociales por elevarla a esa condición y combatirla en el nuevo escenario global. Son innumerables las iniciativas propuestas por entidades supranacionales por sensibilizar a los Estados y sociedades nacionales respecto de su presencia. Al respecto la Relatora de Naciones Unidas sobre venta, prostitución y pornografía infantil considera que:

*“La pornografía infantil registra un constante aumento en Internet y otras plataformas como los teléfonos móviles. Se calculan que unos 750 mil pedófilos en el mundo están conectados permanentemente a la red y que existen 4 millones de sitios Web con contenidos pornográficos que exponen niños (...) Se trata de un fenómeno que ha devenido una verdadera industria del delito, que genera miles de millones de dólares y que cada vez se extiende más debido al acceso generalizado a las nuevas tecnologías. Se cree que la producción y distribución de imágenes pornográficas criminales abusando de niños podrían representar un negocio de hasta 20.000 millones de dólares por año (...) Uno de los mayores puntos débiles en la lucha contra la pornografía por Internet u otras plataformas de comunicación es que todavía no está criminalizado a nivel internacional. Si hay diferentes legislaciones nacionales, entonces los pedófilos pueden burlar las leyes utilizando niños de otros países”<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Disponible en: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=16500>, visitada el 28 de mayo del 2014.



El número de imágenes de explotación sexual de niños se cuadruplicó entre 2003 y 2007. De otra parte, la relatora alertó del gran aumento del llamado “*grooming*”, anglicismo con el que se denomina a las solicitudes de niños por Internet, especialmente a través de las redes sociales y foros de discusión. La lucha contra la pornografía infantil requiere de medios tecnológicos importantes, de una información actualizada de los servicios que albergan los sitios pornográfico - infantiles y una dominante especialización de las fuerzas de investigación de delitos cibernéticos.<sup>6</sup>

Asimismo, es necesario un marco de cooperación interinstitucional interno así como de regulación internacional que favorezca y potencie la colaboración y cooperación entre los países, puesto que por la falta de regulación uniforme, la delincuencia organizada salta de una latitud a otra, recurriendo a la difuminación de la identidad de las personas ancladas a un territorio. Una forma acertada de lograr este propósito, como veremos en el desarrollo de esta investigación, sería la promoción y ratificación de instrumentos internacionales, así como la inclusión de protocolos investigativos comunes, que eventualmente podrían ser liderados por agencias reconocidas de seguridad internacional.

La promoción, a la cual nos referimos, incluye la capacidad del Estado y los países latinoamericanos de generar un marco normativo regional, que refleje la realidad socioeconómica y tecnológica de nuestros países. Este proceso de promoción regional requerirá la participación de un equipo multidisciplinar integrado por representantes de los gobiernos, sector privado (usuarios y proveedores), organizaciones civiles y organismos internacionales para conocer

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*

los avances de la región en materia de infraestructura e identificar potencialidades y limitantes en la creación de instituciones especializadas.

Una buena estrategia, sería crear dentro de las Organismos Internacionales Regionales (UNASUR, CELAC, entre otros), oficinas especializadas que recojan proyectos normativos, generados por los Estados u Organismos no Gubernamentales (sociedad civil) que posteriormente podrán ser expuestos en algún foro internacional.

Por lo demás, la relatora de la ONU, acentuó la necesidad de responsabilizar legalmente en este ámbito a los proveedores de acceso a Internet y a los servidores, así como también establecer la imputación de responsabilidades sobre las entidades financieras y bancos de manera que bloqueen el flujo de movimientos financieros de los grupos criminales de pornografía con niños y colaboren con los cuerpos de seguridad nacionales.<sup>7</sup>

Como es notorio, no siempre el derecho va a la par de las nuevas realidades sociales, y menos aún frente al desarrollo tecnológico, lo que genera una brecha significativa a ser tomada en cuenta por los legisladores. Ecuador a través de una reforma legal aprobada el 10 de febrero del 2014, emite un instrumento jurídico integral, que incluye todas las formas y categorías penales dispersas por décadas en el sistema penal y procesal penal. Este nuevo Código Orgánico Integral Penal reconoce conductas penalmente relevantes en el contexto internacional, así como procesos innovadores que intentan fortalecer nuestro sistema penal. Sin embargo, ante su reciente publicación, queda abierta la posibilidad en lo académico de generar debates en el orden epistemológico o dogmático de las distintas figuras penales.

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

El presente trabajo de investigación pretende, en un primer momento, contextualizar el fenómeno de la pornografía infantil en la estructura social de las comunicaciones, enfocándonos en aquella pornografía que se realiza a través de las tecnologías de la información y comunicación (TIC`s) en razón de que si bien todavía podemos encontrar pornografía infantil impresa, el mayor problema que se presenta en la actualidad es que el internet ha cambiado radicalmente la forma en que la pornografía infantil se reproduce y se distribuye, lo cual, ha derivado en un incremento masivo de la disponibilidad, la accesibilidad y el volumen de pornografía infantil. Lo que antes era una actividad secreta de pocas personas, en la actualidad este mercado ha crecido de manera inusitada gracias a la facilidad de intercambio de archivos y el anonimato para los usuarios.

Pretendemos también evidenciar cómo sus distintas modalidades y canales de transmisión inciden drásticamente en las libertad, integridad e indemnidad sexual de las víctimas menores de edad; de igual forma describir analíticamente el debate epistemológico, surgido a partir de la tipificación de la sola posesión, en las legislaciones con mayor recorrido sobre la temática; en particular haremos fuerte alusión a la legislación norteamericana y española. Seguiremos con la descripción de los elementos de tipo penal, marcando un particular realce al perfil pedófilo y el de las víctimas; describiremos el desarrollo legislativo internacional, en particular los logros expuestos en la Convención de Ciberdelincuencia. Contextualizada la pornografía infantil, nos ubicaremos en la evolución jurídica del delito de pornografía infantil en la legislación penal ecuatoriana; desde su incorporación en el Código Penal en el 2005 hasta el proceso de reforma integral producido en el país en el 2014.

El segundo capítulo se aboca a la descripción del procedimiento investigativo en el delito de pornografía infantil; empíricamente pretendemos evidenciar las dificultades a los cuales se ven abocados los operadores de justicia (Fiscales y Policía Judicial); así como también ensayar propuestas de incorporación de nuevas modalidades de investigación contempladas en el Código Orgánico Integral Penal. Finalmente y a la luz de los instrumentos internacionales analizados, dejamos establecidas pautas de orden político criminal que permitirían la disminución y prevención de estos hechos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

#### **1.1. Necesarias consideraciones dogmáticas**

Como veremos más adelante la criminalización de la pornografía infantil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido progresiva y expansiva. Empezó por la tipificación, incluida toda la cadena de comercialización (Código Penal, 2005), hasta llegar a castigar la posesión para uso propio (Código Orgánico Integral Penal). En razón de la escasa doctrina nacional generada alrededor del delito de pornografía infantil, así como por la reciente aprobación del Código Orgánico Integral Penal (febrero 2014), no existe todavía en el país un debate académico respecto de la naturaleza y proyección político criminal de este delito, por lo que creemos indispensable dejar sentadas las posiciones doctrinarias vertidas sobre el tema dentro del derecho comparado, en especial acentuaremos nuestra atención en la legislación Española y la Norteamericana.

En cuanto a la gran mayoría de verbos rectores que se incluyen en este tipo penal, existe un acuerdo generalizado en que tales conductas deben ser sancionadas. No obstante, en cuanto a la posesión como una de las modalidades de este delito, existen posiciones encontradas.

Una fuerte mayoría de las voces se pronuncian por la nula necesidad de sancionar la posesión, calificándolo de ineficaz y desafortunado, que hace apología de la pedofilia e incluso lo consideran como una intromisión en la vida privada de los adultos; y que además, violenta los principios de mínima intervención y lesividad del derecho penal; y que, en definitiva hace un uso simbólico del derecho penal.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Enrique Orts Berenguer, *Delitos contra la indemnidad sexual*, en VVAA, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 294.

Otro sector de la doctrina se ha esforzado por justificar la inclusión del verbo rector poseer en el delito, considerando que el bien jurídico protegido va desde la intimidad del menor, su dignidad, hasta el peligro de acciones de imitación; por tanto, han centrado su fundamento en la validez jurídica de castigar al consumidor. Esta postura cuenta con un amplio respaldo de los documentos y convenios internacionales, en especial en el ámbito europeo, que en los últimos años han instado a los países que los suscriben a incorporar el tipo en sus legislaciones internas.<sup>9</sup>

El postulado de la doctrina que penaliza la posesión de pornografía infantil, está asociado a una medida político criminal que pretende actuar directamente contra lo que se considera el último eslabón de la cadena de tráfico de material pornográfico, es decir, el consumidor.<sup>10</sup> En este sentido, son tres los principales argumentos formulados para llegar hasta la penalización del consumidor:<sup>11</sup>

- a) Impedir la futura utilización de menores y evitar que se generen nuevas necesidades en el mercado que mantengan aceiteada la mecánica del círculo vicioso de explotación sexual infantil. Con ello alude obviamente a un concepto central de la ciencia económica: el juego de la oferta y la demanda.
- b) Evitar el supuesto estímulo que se genera en el consumidor, es decir el peligro de acciones imitadoras por parte de los usuarios de estos materiales.

---

<sup>9</sup> Javier Fernández Teruelo, *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/2003*, en José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Mailló, edit., *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*, Estudios homenaje al profesor Alonso Serrano Gómez., Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 703-725.

<sup>10</sup> David Lorenzo Morillas Fernández, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Edit. Dykinson SL, Madrid, 2005, p. 321.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 322.

c) Un estado de empatía con las víctimas.

Sobre el primero diremos que para trasladar hasta el consumidor la responsabilidad penal, se ha emitido criterios económicos de acuerdo con la economía convencional, es decir, se alude a la norma fundamental de la economía de mercado: las relaciones entre la oferta y demanda. Partiendo del supuesto de que la demanda incide directamente en el aumento de la oferta, y de que la oferta sólo puede cubrirse utilizando a menores reales, se castiga de este modo a la persona que consume este tipo de materiales, pretendiendo con ello intervenir en la lógica del negocio que está detrás de la explotación sexual de menores, de manera que se generen condiciones o reglas de juego que impidan su emergencia.

Fernández Teruelo, expone que este criterio se fundamenta en que tanto los actos de difusión de pornografía infantil como los relacionados con la misma pueden determinar, con base en la experiencia general, un aumento de la oferta. De este modo, la puesta en el mercado de estos materiales generaría nuevas necesidades estimulando la demanda. Si aumenta la demanda aumentará también la oferta, y la oferta sólo puede satisfacerse utilizando a menores "de carne y hueso" en prácticas de naturaleza sexual, para tomar las imágenes o realizar grabaciones en otros soportes.<sup>12</sup>

De la Rosa Cortina considera que la intervención penal está justificada puesto que la circulación del material pornográfico a gran escala en la red estimula la demanda, que tiene sus efectos sobre la oferta, que en última instancia

---

<sup>12</sup> Javier Fernández Teruelo, *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/2003*, en José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Mailló, *op. cit.*, p. 63.

y salvo casos residuales (pornografía virtual, técnica y pseudo/pornografía) habrá de utilizar a menores en prácticas de naturaleza sexual para tomar las imágenes.<sup>13</sup>

En cuanto al estado de empatía con las víctimas, los autores que defienden la inclusión de la posesión en el tipo penal, entienden que con su tipificación en el delito de pornografía infantil se trata de dar una solución al sufrimiento de las víctimas de este delito, pues mientras sus imágenes continúen en la red vivirán una revictimización constante al saber que las mismas están circulando globalmente en internet sin esperanzas de que pueda ponerse fin a tal circulación.

Ahora bien, la otra postura, divergente de la anotada, apunta a creer que la tipificación de la posesión de pornografía infantil para uso propio es por lo menos infantil, al creer que su restricción reducirá los índices criminológicos del tipo penal. Desde un punto de vista estrictamente práctico se muestra difícil el objetivo de perseguir este comportamiento, pues por regla general se lleva a cabo en el espacio inagotable de la red.

Al respecto Morillas Fernández afirma que la tipificación de ésta conducta no representa ninguna solución. El problema y su tipificación se encuentran en el inicio de la cadena de tráfico y no en el consumidor final. Muy posiblemente en las motivaciones de éste subyacen eventos ocurridos en el proceso de formación de la personalidad sexual que generan atracción hacia personas menores de edad como consecuencia de algún episodio particular. En consecuencia, la prohibición de la posesión de la iconografía relacionada no viene a representar alternativa alguna de solución, en tanto que la atracción física permanece sin afectar las tendencias del pedófilo a continuar consumiendo material pornográfico infantil.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos De Pornografía Infantil. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 261 - 294.

<sup>14</sup> David Lorenzo Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 323.



Esquinas Valverde considera que la tenencia del material pornográfico no implica ni representa un abuso sexual. La raíz del problema de la explotación sexual de niños se la puede ubicar en el momento en el que se produce el acto de utilización del menor (abusos sexuales); y no ocurre cuando alguien ve una imagen alejado en el tiempo y el espacio del hecho como si el acto se reprodujera en el tiempo mimetizándose.<sup>15</sup>

En Estados Unidos la ley describe la pornografía infantil como una forma de abuso y explotación sexual en donde la imagen del niño envuelve una conducta sexual explícita y una seria amenaza para la salud física, mental, la seguridad y el bienestar de la infancia. Las imágenes reales (en oposición a las digitales e ilustraciones) de pornografía infantil son vistas como un registro permanente de un abuso sexual causado a la víctima, y su creación y distribución se considera un delito grave en el Código Federal de los Estados Unidos. La posibilidad de que sea usado con fines de acoso, se utiliza como justificación para la penalización de la pornografía infantil, así como para la criminalización de la creación, realización, distribución y posesión de pseudo imágenes elaboradas por computadora. De hecho, en los últimos años existe una gran atención pública en relación a los poseedores de pornografía infantil, especialmente, con la aparición de Internet y la variedad de contenidos pornográficos que se encuentran disponibles.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Patricia Esquinas Valverde, *El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, No 18, 2006, p. 94

<sup>16</sup> Nicolás Oxman, *Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica*, Polít. crim., v.6, n. 12, Santiago, 2011, p. 1.

La Corte Suprema de Estados Unidos, respecto de la criminalización de la posesión de pornografía infantil (caso *Stanley v. Georgia*)<sup>17</sup> señaló que la tenencia privada de material lascivo dentro del hogar, no puede ser considerado algo lesivo, por no lesionar interés alguno, es decir, no es algo “obsceno”, puesto que no afecta los sentimientos de la comunidad y, por ende, tampoco es susceptible de ser criminalizado como un delito, ya que la posesión de material pornográfico dentro de la esfera privada, queda amparada por la extensión de la protección que dispensa el derecho a la libertad individual contenido en la primera enmienda de la Constitución; por consiguiente, tales comportamientos si son desarrollados en una dimensión privada quedan sujetos a los designios de la autorresponsabilidad en el ejercicio de la libertad e intimidad individuales.

La Corte Suprema estimó que, independientemente de la valoración social que pueda recaer sobre el contenido de ese material, el derecho a recibir e intercambiar cualquier tipo de información, como también cualquier clase de ideas, es fundamental para una sociedad libre; la argumentación de la decisión sostuvo que las personas tienen derecho a permanecer ajenas a las intromisiones gubernamentales no deseadas en este ámbito de la intimidad y, por ello, se excluye toda penalización de la mera posesión de material “obsceno” utilizado o almacenado en la privacidad del propio domicilio.

La Corte Suprema entiende que permitir que los Estados castiguen dicha posesión implica utilizar la ley para el control de la moralidad pública, además, de instrumentalizar a las personas en el plano íntimo de sus pensamientos, cuestión

---

<sup>17</sup> Disponible: [http://www.bc.edu/bc\\_org/avp/cas/comm/free\\_speech/stanley.html](http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/stanley.html), visitada el 20 de junio de 2014.

que no puede lograrse dentro de los límites de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>18</sup>

No obstante, en una sentencia posterior parecería que se la da otro enfoque. En esta sentencia (Caso Osborne v. Ohio) se estatuye nuevamente a nivel jurisprudencial, la imposibilidad de tutela de la libertad de expresión individual, pero ahora en referencia a la posesión de pornografía infantil. Se establece que el Estado de Georgia no ha legalizado algo cuya finalidad sea el regular “la mente de los hombres”, sino que, ha tenido como *leitmotiv*, en consonancia con Ferber, la protección de la infancia frente a la explotación y al daño que provocan a esta quienes elaboran material pornográfico utilizando como objetos a menores de edad; y, en consecuencia, *“resulta ser acertada la persecución penal de tal conducta, ya que, con ello, se facilita la eliminación de la oferta asociada a la producción y distribución, toda vez que la sola incriminación de tales hechos, sin referencia al destinatario del material, hace de la ley penal un instrumento inútil para la prevención del abuso sexual infantil.”*<sup>19</sup> (El énfasis me pertenece).

En efecto, el fallo señala que no se trata de estatuir el castigo de un hecho perteneciente a la esfera de lo privado, sino de tipificar un delito de peligro que, sobre la base de la reproducción infinita de un abuso sexual, puede conllevar, según la evidencia científica que el Tribunal tuvo a la vista, que los menores que observan tales imágenes sean compelidos o acosados por adultos, quienes mediante la exhibición de tales representaciones sexuales, buscan seducir a los menores a fin de que realicen conductas de provocación sexual bajo la

---

<sup>18</sup> Jacqueline Watanabe, *Real Problems, virtual solutions: the (still) uncertain future of virtual child pornography legislation*, *Journal of Technology Law & Policy*, t. 10 (2005), 220, citado por Oxman Nicolás, *Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica*, Polít. crim., v.6, n. 12, 2011, Santiago, p. 2.

<sup>19</sup> Nicolás Oxman, *op. cit.*, p. 3.

argumentación engañosa de que tales prácticas pueden resultar adecuadas o novedosas para el descubrimiento de la sexualidad. Finalmente, se señala que el castigo penal de la posesión de pornografía infantil puede servir como motivación disuasiva para que los pedófilos destruyan el material.<sup>20</sup>

Del barrido bibliográfico analizado, podemos afirmar que no existe un criterio unánime respecto de la inclusión o individualización de la posesión de pornografía infantil para uso propio como delito. Personalmente me adhiero al criterio de que con la puesta en el mercado de este material, se estimula la demanda y como consecuencia ineludible crece la oferta, y ésta oferta sólo puede cubrirse con más víctimas de este atroz delito. Es por esto y pensando en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, la posesión de pornografía infantil, sin lugar a dudas debe ser tipificada como delito.

## **1.2. Concepto de pornografía infantil**

Morales Prats comenta que la década de los años 70´ significó el apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental, siendo Dinamarca, Holanda y Suecia los principales productores. Con el inicio de la década de los años 80´ comenzó la prohibición gubernamental de estas prácticas, creciendo en los 90´ con la adopción de medidas legislativas prohibitivas y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición, distribución, e inclusive la posesión de material pornográfico infantil.<sup>21</sup> Como veremos más adelante nuestra legislación enfrentó la temática recién en el 2005.

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>21</sup> Fermín Morales Prats, *El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No 8, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 95.

Delimitar el concepto de pornografía infantil supone interactuar elementos culturales, morales, pautas de comportamiento e inclusive ideas religiosas de cada comunidad.<sup>22</sup> Inicialmente diremos que de acuerdo con la definición expresada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la pornografía es: “Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación”<sup>23</sup>. Si añadimos a esta definición la categoría de infantil, suponemos que el término estudiado, hace alusión a una presentación abierta y cruda del sexo con imágenes o representación de niñas, niños y adolescentes.

También se ha considerado a la pornografía infantil una manifestación de otras conductas delictivas, entre ellas la explotación sexual infantil y la trata de seres humanos<sup>24</sup>. Sin embargo, la redimensión que ha tomado este delito a partir del desarrollo de las altas tecnologías de información y comunicación ha llevado a los organismos internacionales, a científicos y académicos a abocarse a construir definiciones con espacio y peso específico de la pornografía infantil.<sup>25</sup>

Creemos conveniente ceñir nuestra definición al consenso internacional, no excluyente, expuesto en el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de la Convención

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>23</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Tercera Edición, Espasa, 2014, p. 1756.

<sup>24</sup> La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2004/68/JAI relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y pornografía infantil considera en su Art. 2 que existe explotación sexual infantil cuando se pretende:(a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines; (b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos;(c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza, ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>, visitada el 20 de julio de 2014.

<sup>25</sup> Ana Victoria Parra González, *La Pornografía Infantil en la Red, especial referencia a la posesión simple*, Universidad de Salamanca, 2011, p. 167.

de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y al Convenio sobre Ciberdelincuencia:

El Art. 2 literal c) define a 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”.

Por otro lado, como un instrumento consultivo y no vinculante, la Decisión Marco 2004/68/JAI, define la pornografía infantil como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i) o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i).<sup>26</sup>

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, en su artículo 20, numeral 2 establece que pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.<sup>27</sup>

Ya que uno de los objetivos de nuestra investigación es determinar la importancia en esta materia del Convenio sobre Ciberdelincuencia, es importante enunciar el artículo 9 de tal Convención:

---

<sup>26</sup> Decisión Marco 2004/68/JAI, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>, visitada el 20 de julio de 2014.

<sup>27</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, disponible en: <http://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contrala-explotacion-y-el-abuso-sexual/>, visitada el 20 de julio de 2014.

El Art. 9 del Convenio sobre Ciberdelincuencia, referente a los delitos relacionados con la pornografía infantil, se considera como tal: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d) la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos. Para esta convención internacional, se entenderá por pornografía infantil a todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Con las aproximaciones conceptuales establecidas en los diferentes instrumentos internacionales, queremos establecer nuestra propia definición, la cual será empleada a lo largo de la presente investigación: pornografía infantil a través de internet, es toda representación visual de índole sexual real, de menores de edad, a través de un sistema informático, con la finalidad de producirla, ofertarla, difundirla, adquirirla o poseerla.

Ahora bien, la doctrina diferencia cuatro tipos de pornografía: Expresa, técnica, simulada y pornografía virtual. No obstante, como analizaremos más adelante, solo la pornografía infantil expresa (real) representa un conjunto de acciones lesivas a la integridad e indemnidad sexual del menor y podría desencadenar en la consumación de otro tipo de aberraciones, por lo que de antemano sentamos nuestra posición de que sólo la pornografía infantil real debe considerarse una conducta penalmente relevante.

### **1.3. Elementos del delito de pornografía infantil**

Las múltiples aristas que presenta este delito nos exigen realizar un análisis descriptivo de sus elementos; en un primer segmento lo haremos a nivel doctrinario y luego centraremos nuestra atención en el análisis de los Arts. 103 y 104 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

### 1.3.1. Bien jurídico protegido

Tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la libertad sexual, entendida ésta como la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontento y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques.<sup>28</sup>

No obstante, varios doctrinarios han esgrimido que este concepto de libertad sexual no se podría aplicar en el delito de pornografía infantil, ya que los menores de edad al no tener edad legal para dar su consentimiento, no podría hablarse de éste como el bien jurídico protegido. En palabras de Muñoz Conde: mantener que en estos casos es la libertad sexual el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, siendo que si algo caracteriza a estos sujetos es precisamente su falta de autonomía para decidir en materia sexual.<sup>29</sup>

Es por esto que al referirse a víctimas menores de edad, el bien jurídico protegido no solo es su libertad sexual como su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad; sino que se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación de manera natural. Todo ello se incluye en el concepto de intangibilidad sexual, como la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, se hallan más desamparados que el resto de la

---

<sup>28</sup> Enrique Orts Berenguer, *Delitos contra la indemnidad sexual*, en VVAA, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 230.

<sup>29</sup> Francisco Muñoz Conde, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 19.



comunidad; o de indemnidad sexual<sup>30</sup>, o derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño en el orden sexual evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su edad.<sup>31</sup>

### **1.3.2. Sujeto activo – victimario**

En líneas generales podemos afirmar que el delito de pornografía infantil, puede ser cometido por cualquier persona sin que sea necesario reunir alguna característica específica para ser sujeto activo de este delito. Basta con adecuar la conducta del individuo al tipo penal. No obstante, al analizar la estructura del tipo penal de pornografía infantil en la legislación ecuatoriana, realizaremos algunas precisiones en relación con los sujetos del delito.

Si bien comúnmente se afirma que quien realiza este tipo de conducta es un pedófilo, no necesariamente es una regla ya que pueden darse casos en que personas que no sufren de este trastorno pueden excitarse con la visualización de escenas en las que participa personas que parecerían ser menores de edad.

Josep Tamarit Sumalla,<sup>32</sup> plantea los principales rasgos del pedófilo:

- a) Manifiesta la necesidad de tener contactos sexuales con cierta frecuencia y una gran capacidad de actuar simultáneamente o sucesivamente sobre un número considerable de víctimas.

---

<sup>30</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 55, ha identificado a la indemnidad sexual con el libre desenvolvimiento de la personalidad en su vertiente sexual y pivotaría entorno a la protección frente a conductas perjudiciales para el desarrollo de la personalidad, sobre la base que tal desarrollo exige proteger las condiciones mínimas de igualdad, respecto a la dignidad y un adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual. La distinción (relativa) entre libertad e indemnidad sexual se cimienta sobre la protección del derecho a decidir sobre la propia sexualidad (libertad sexual) y la protección del derecho a formar en libertad tal capacidad de decisión.

<sup>31</sup> David Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 194.

<sup>32</sup> Josep María Tamarit Sumalla, *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y la Explotación Sexual, Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía Infantil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 24-25.

- b) Tiende a disponer y hacer uso de fotografías y filmaciones de imágenes de niños, sobre todo pornográficas, que utilizan como estrategia de justificación de su desviación, y como arma de seducción, para conseguir convencer a los menores de la normalidad de las relaciones que busca, o incluso como medio para amenazar a los menores para que no los denuncien.
- c) Suele presentar distorsiones cognitivas, que neutralizan el proceso de autoinculpación e impiden la valoración negativa de sus hechos. De hecho no se califican a sí mismos como pedófilos, sino como *Boy Lovers*.
- d) Tendencia a mantener contactos entre pedófilos, para intercambiar el material, lo que sin duda explica la proliferación de la difusión de pornografía infantil a través de Internet.
- e) Tendencia endogámica en los abusos sexuales de menores, de modo que entre el 60 y el 80% de los casos, el autor es un conocido o pariente del menor y la gravedad de los abusos aumenta según lo hace la proximidad al núcleo familiar de la víctima. En más del 30% de los casos se trata del padre, el tío o el abuelo de la víctima.<sup>33</sup>
- f) No está ni mucho menos confirmado criminológicamente la creencia de que se trata de personas de edades avanzadas. Más bien, en la mayoría de los casos la edad de los autores es entre 30 y 50 años, y suelen tener 30 años más que sus víctimas.<sup>34</sup>
- g) El pronóstico de rehabilitación de estos sujetos es bastante negativo, sobre todo en los casos de pedofilia obsesiva.

---

<sup>33</sup> David Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 207.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 208.

Estos sujetos no perciben la presión policial, pues de igual modo son conscientes de que las zonas de pornografía infantil se cierran al cabo de cierto tiempo, también saben que por cada una que desaparece, se abren otras con total impunidad. Igualmente, no sienten que ellos mismos puedan ser perseguidos porque piensan que no dejan ningún tipo de dato cuando están en estos sitios. Creen que son totalmente anónimos y que no podrán ser identificados ni localizados. Sí sienten que la sociedad se opone cada vez más a sus prácticas, pero el anonimato social del que disfrutaban hace que no se preocupen por ello.<sup>35</sup>

Estados Unidos y Europa en general, mantienen un desarrollo profundo sobre la temática; así la criminología norteamericana ha construido una tipología del perfil del consumidor de pornografía infantil, formulada en nueve categorías.<sup>36</sup>

- 1) *Browsers*.- Serían aquellos que encuentran aleatoriamente éste material pero a sabiendas guardan las imágenes. No están involucrados en redes de consumidores y no emplean estrategias de seguridad para evitar la detención.
- 2) *Private fantasizers*.- Se refiere a aquellos sujetos que crean imágenes digitales para uso privado y satisfacción personal.
- 3) *Trawlers*.- Sujetos que buscan pornografía infantil en la red a través de navegadores abiertos. Pueden involucrarse en redes de consumidores pero de forma poco intensa.
- 4) *Non – secure collectors*.- Aquellas personas que buscan pornografía infantil en chats no seguros. Tienen conexión con redes y por definición no

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, p. 209.

<sup>36</sup> Wortley, Richard, Samallbone, Stephen, *Child Pornography on the Internet, Problem-Oriented Guides for Police*, ISBN: 1-932582-65-7, [www.cops.usdoj.gov](http://www.cops.usdoj.gov), citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 272 – 273.

emplean estrategias de seguridad. Presentan limitaciones en cuanto a la naturaleza y número de las imágenes que pueden almacenar.

- 5) *Secure Collectors*.- Personas miembros de grupos de noticias cerrados. Pueden involucrarse en altos niveles de uso de redes, y emplear medidas de seguridad sofisticadas. Al ocupar niveles ocultos de Internet, tienen acceso a un amplio campo de archivos. Pueden llegar a niveles de coleccionismo obsesivo, que no solo implican el archivar un enorme número de imágenes sino una cuidadosa catalogación y organización.
- 6) *Groomers*.- Son personas que desarrollan relaciones on line con niños a quienes les envían pornografía. Sus actividades constituyen un abuso directo de niños.
- 7) *Physical abusers*.- Sujetos que abusan sexualmente de niños y cuyo interés por la pornografía infantil es una parte de sus intereses pedófilos.
- 8) *Producers*.- Personas que graban actos de abuso sexual a menores con el fin de difundirlos.
- 9) *Distributors*.- Aquellas personas que se dedican a difundir pornografía infantil; en ocasiones tienen un interés exclusivamente lucrativo.

Cualquiera sea el origen y la tipología del pedófilo, sus actuaciones afectan directamente los derechos sexuales de las niñas, niños y/o adolescentes; este trabajo no está orientado justificar el tipo de orientación sexual; sino a esclarecer las afectaciones de estas prácticas a nivel individual y colectivo.

### **1.3.3. Sujeto pasivo – víctima**

La única característica que debe tener el sujeto pasivo de este delito es el ser una persona menor de 18 años; no obstante, existen legislaciones que

establecen una edad menor para ser considerado víctima de este delito y donde el consentimiento no es relevante para la calificación del tipo penal.

Morillas Fernández establece que las conductas sexuales llevadas a cabo con los menores, depende de su edad, así:<sup>37</sup>

1. *Desde el nacimiento hasta los 5 años*, se reducen a simples fotografías, ya sean vestidos o desnudos, donde lo que llama la atención del pedófilo es su inocencia, luego el riesgo de actos violentos es prácticamente nulo. Los casos extremos de agresiones son muy raros, y generalmente llevados a cabo por el progenitor, un familiar, o persona muy allegada al menor. En todo caso, la penetración vaginal es anatómicamente imposible, y la penetración anal es muy aparatosa pues deja hematomas, cicatrices, verrugas y otras fisuras y excoriaciones que harían fácil la detección del abuso.
2. *De seis a ocho años*: toma de fotografías del menor normalmente desnudo o la realización de actos de naturaleza sexual individual (principalmente masturbación) y leves caricias o incluso tocamientos al adulto. Los abusos sexuales son más frecuentes, pero también escasos y llevados a cabo por personas de confianza.
3. *De nueve a trece años*: aumenta la gravedad de la acción pues los comportamientos no se limitan a fotografías. En estas edades es normal la agrupación de dos o más menores, quienes se desnudan y se realizan tocamientos mientras el adulto elabora el material. También son frecuentes los actos masturbatorios y, en menor medida, las felaciones. Los actos se dan a cambio de una compensación, juguetes, golosinas o dinero.

---

<sup>37</sup> David Morillas Fernández, *op. cit.*, pp. 207-208

4. *A partir de los 13 años:* ya no basta el engaño, el carácter inocente ha dejado de existir, y las fotografías suelen sustituirse por filmaciones en video donde los menores desarrollan actividades eróticas de forma conjunta, siendo comunes los actos masturbatorios, las felaciones, eyaculaciones y penetraciones principalmente anales. Aquí la contraprestación es generalmente pecuniaria, por lo que no debe extrañar que en determinados casos se le impute al sujeto activo algún delito relacionado con la prostitución de menores. En los países desarrollados, las características de los menores más propensos a ser captados por las redes de pornografía infantil, generalmente dependen de componentes psicológicos. La pornografía se muestra como una forma de obtener bienes o dinero que los menores de otro modo no podrían alcanzar, funcionando en muchos casos la cadena de reclutamiento; o lo que es lo mismo, el hecho de que una vez estrechados los vínculos con el menor, se trata de convencer para que busque a otros (amigos, conocidos, familiares, etc.) dispuestos a desarrollar tales prácticas.

Los menores víctimas de estas conductas son inicialmente engañados para realizar las prácticas sexuales, si bien son conscientes de que su situación no es normal aunque no sepan explicar por qué.

Los efectos psico-físicos provocados en los diferentes niveles de consumación del delito, pueden generar en las víctimas alteraciones que incidan gradualmente en su comportamiento social, que eventualmente, sin una asistencia apropiada, podrían perdurar hasta la madurez. Morillas Fernández plantea como las principales consecuencias: un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, como estrés postraumático, estructuración

paranoide de la personalidad, desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, vergüenza excesiva, autoestima gravemente dañada, ansiedad, angustia, miedo, estigmatización, culpabilidad, depresión, etc. De igual modo, su comportamiento también puede verse afectado, y pueden presentar conductas antisociales, agresividad, conflictos con la familia y los amigos, aislamiento, y con el tiempo abandono del hogar, consumo de drogas, delincuencia, etc. Su vida cotidiana también puede estar marcada por problemas con el sueño, la alimentación, la concentración y el rendimiento escolar, dificultades de aprendizaje, terrores nocturnos, etc.<sup>38</sup>

Sin embargo, los efectos mencionados pueden variar dependiendo de la personalidad y red de apoyo que la víctima posea; en este sentido resulta imperativo, en particular para esta clase de delitos, disponer de estudios psicológicos – clínicos – antropológicos y victimales, que permitan abordar el tema con mayor tecnicismo y así evitar generalizaciones que puedan generar efectos revictimizantes.

#### **1.3.4. Material pornográfico**

Consuelo Martínez lo define como “la representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación”.<sup>39</sup>

En este sentido la Convención de Budapest en su Art. 9.2, contempla como material pornográfico referido a la niñez, las representaciones visuales de un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; la de una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita o aquellas

---

<sup>38</sup> David Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 209.

<sup>39</sup> Consuelo Martínez Pereda, *Los delitos contra la libertad sexual, en cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 15, 1996, 123, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 33.

imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.

De la Rosa Cortina, entiende como material pornográfico tanto a las fotografías, videos, soportes magnéticos que incorporen a un menor en una conducta sexual explícita, entendiéndose por esta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos.<sup>40</sup>

Sin duda los canales de comunicación, englobados en las denominadas Tecnologías de la Comunicación (TIC`s), son el camino permeable para la difusión y consumo de este tipo de material. Para el Fondo de Naciones Unidas (UNICEF), una de las principales diferencias con la época anterior a Internet es que, actualmente, existen muchos sitios que muestran formas extremas de pornografía a los que pueden acceder menores de edad. Hasta la fecha, las investigaciones han arrojado pocos resultados sobre las consecuencias de esta exposición. Los profesionales que trabajan con niños y jóvenes se muestran cada vez más preocupados por los niveles aparentemente crecientes de la adicción a la pornografía, así como por las nuevas presiones a las que se ven sometidas las niñas para emular los comportamientos sexuales y la apariencia de las mujeres de las películas pornográficas. Las TIC`s también han conducido al fenómeno de la exposición no solicitada a la pornografía. El grado en que esta exposición perturba a los niños parece estar influido por la edad, las normas sociales vigentes en su país y el grado de control que poseen sobre la navegación en estos sitios.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, pp. 36 – 37.

<sup>41</sup> Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, *La seguridad de los niños en línea*, 2012, 12. Disponible en: [http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ict\\_spa.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ict_spa.pdf), visitada el 20 de agosto de 2014.



La pornografía infantil, ahora más que nunca, se ha convertido en un problema con claras dimensiones internacionales, pues la irrupción de las nuevas tecnologías ha transformado completamente las pautas de su producción y difusión. Internet se ha convertido en un vehículo rápido, cómodo, barato y seguro para transportar mercancía ilegal muy apetecible para algunos. Miles de ficheros y vídeos con imágenes pornográficas de menores, con fotografías extremadamente violentas de niños y niñas sometidas a abusos sexuales, violaciones, torturas y prácticas sádicas especialmente degradantes, circulan las 24 horas del día por la red. Este material es visualizado y después descargado por un gran número de usuarios, cómodamente desde sus casas o desde sus trabajos, en cualquier lugar del mundo.

#### **1.3.5. Tipo Subjetivo**

El tipo subjetivo del delito de pornografía infantil está conformado por el dolo, entendido éste como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito. Es decir, este delito exige, en sus distintas modalidades, que el sujeto activo conozca que los intervinientes son menores de 18 años, ya que si el sujeto activo de la infracción no conocía alguno de los elementos objetivos del tipo (no conocí que el archivo que había descargado de internet contenía imágenes de pornografía infantil, o, a pesar de que sabía que estaba descargando pornografía, desconocía que quien participaba en las imágenes era menor de 18 años) incurriría en error de tipo y por tanto su conducta es atípica y en consecuencia no punible.

Para esta clase de delitos, se acepta el dolo eventual que consiste en que la persona acepta como probable el resultado del acto que va a realizar y a pesar de aquello lo realiza. Es decir, aquella persona que acepta como probable que lo que está descargando es pornografía infantil o que las imágenes pueden ser de un niño,

niña o adolescente, y a pesar de aquello lo descarga, lo transmite, o posee, incurriría en delito de pornografía infantil a través del dolo eventual.

En el siguiente apartado cuando analicemos el delito de pornografía infantil en el Ecuador, haremos algunas precisiones de lo que nuestra legislación exige como elementos para que se configure el delito de pornografía infantil.

#### **1.4. El delito de pornografía infantil en el marco de las convenciones internacionales.**

Como manifestamos en líneas anteriores, la preocupación por la inusitada rapidez con la que se expandía a nivel mundial el cometimiento de varios delitos de explotación en contra de niños, niñas y adolescentes hizo que los países se reúnan con el fin de expedir instrumentos internacionales que permitan una respuesta penal coordinada, severa y uniforme a estos hechos. Es así que en 1989 se expide la Convención sobre los Derechos del Niño que compromete a todos los Estados a adoptar medidas nacionales o multilaterales para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Sólo 11 años después se realiza en Nueva York el instrumento más importante en materia de protección de los niños: 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 (PFVN, 2000), en donde por primera vez se esgrime un concepto de pornografía infantil, se prevé la necesidad de establecer sanciones adecuadas a su verdadera gravedad así como la imposición de incautación y confiscación de bienes, materiales, activos, productos de este delito, franqueando al mismo tiempo la protección de los derechos e intereses de los niños.

Lastimosamente a nivel de Naciones Unidas no se ha creado un instrumento acorde a la evolución y acelerado desarrollo de las Tecnologías de la Información, lo que se traduce en obstáculos sumamente complicados de evadir al momento de la investigación, judicialización y sanción de los delitos de pornografía infantil.

Al contrario, en la Unión Europea se ha intentado ir a la par del desarrollo de las TIC`s y se han emitido varios instrumentos regionales que permiten una adecuada investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos de pornografía infantil, fomentando en cada uno de ellos la cooperación internacional, sin la cual, cualquier tipo de esfuerzo sería insuficiente para combatir este tipo de delitos cuyas organizaciones se encuentran instaladas en varios países del mundo. Así podemos señalar la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la protección y derechos del niño, la Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, la Decisión 2000/375/JAI relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, la Decisión Marco 2004/68/JAI relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía, y sobre todo, el Convenio sobre Cibercrimen o Convenio de Budapest.

### **1.5. El delito de pornografía infantil en Ecuador**

Hasta aquí hemos expuesto el fenómeno de la pornografía infantil desde un enfoque holístico; el cual nos ha permitido identificar sus elementos, describir la problemática social que enfrenta, así como presentar los avances jurídicos descritos en las convenciones internacionales. Nos corresponde, en este segmento de la investigación, describir y analizar el delito de pornografía infantil en la legislación penal ecuatoriana; así, empezaremos describiendo históricamente su

evolución, para luego concentrarnos en los nuevos elementos incluidos en la reforma penal del 2014.

De forma silenciosa los delitos contra la integridad sexual en el Ecuador van ocupando los primeros lugares en la estadística criminológica; de acuerdo con los registros generados por la Fiscalía General del Estado son el cuarto delito más concurrido y en algunos años el tercero.

ESTADÍSTICA CRIMINOLÓGICA 2002 - Enero-Agosto 2014													
AÑO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Ene-Ago 2014
NOTICIAS DE DELITO	183.277	136.826	160.830	191.810	186.483	199.019	242.342	193.316	235.276	254.331	254.622	253.396	127.789
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	87.143	95.088	102.796	110.062	106.050	105.819	126.968	71.304	90.040	102.980	102.640	99.735	58.408
DELITOS DE TRÁNSITO	1.432	3.081	12.932	17.501	22.295	26.865	27.053	38.551	45.866	39.410	34.467	36.310	23.788
DELITOS SEXUALES	3.808	5.176	7.744	8.132	8.875	10.204	10.672	7.527	11.135	5.485	5.425	5.288	1.391
LESIONES	10.790	11.148	12.789	14.523	12.481	13.811	13.967	5.655	8.061	3.657	7.622	6.344	5.273
NARCOTRÁFICO	522	708	745	990	973	937	1.922	4.942	5.945	2.077	2.392	2.700	1.923
ADOLESCENTES INFRACTORES	—	—	2.019	2.470	5.938	4.137	5.456	4.154	5.341	6.494	6.973	7.341	5.246
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	368	931	890	1.185	1.072	1.651	1.212	2.517	1.340	680	360	501	272
ASESINATOS	3.331	2.948	2.676	2.087	1.123	2.848	2.035	2.166	2.366	2137	2018	1.822	1088

**Fuente:** Fiscalía General del Estado – Dirección de Gestión y Actuación Procesal

Hasta antes del año 2005 en el Código Penal se realizaba una tradicional clasificación de los delitos sexuales, tipificando solamente las conductas clásicas como el atentado contra el pudor, el estupro, acoso sexual, la violación, entre otros.

Fue a partir del año 2003 con el caso “Burdet Cedeño”<sup>42</sup>, que el legislador ecuatoriano puso en evidencia la necesidad de incorporar en el Código Penal el delito de pornografía infantil; hasta ese entonces no se visibilizaba el tipo penal, por lo que las conductas relacionadas eran sancionadas como corrupción de menores, violación o abuso sexual.

<sup>42</sup> Los esposos Jorge Burdet y Marina Concepción Cedeño fueron acusados, en octubre del 2003, de abusar sexualmente de decenas de niños en la provincia de Galápagos y de integrar una red de pornografía infantil que operó durante 15 años. Los agresores se relacionaron con las niñas a través del grupo musical Fantasía Latina, que ellos formaron y, antes, a través de la guardería “El Patio de Polet”, donde recibían bebés y niñas y jóvenes de hasta 15 años.

Es así, que las conductas referidas al delito de pornografía infantil fueron incorporadas al Código Penal Ecuatoriano<sup>43</sup> recién en el año 2005, mediante reforma publicada en R.O. 45 de 23 de Junio del 2005. Junto con la incorporación del delito de pornografía infantil se hicieron varias reformas al Código Penal respecto a los delitos sexuales, imponiendo circunstancias agravantes específicas para quien cometa estos delitos, restringiendo ciertas circunstancias atenuantes, agravando las penas de ciertos delitos sexuales, y se incluye un capítulo exclusivo para las disposiciones comunes a los delitos sexuales y trata de personas.

El Código Penal Ecuatoriano ubicó a los delitos sexuales en el Título VIII, y los clasificó en: Atentado contra el Pudor, de la Violación y del Estupro; Proxenetismo y Corrupción de Menores; Delitos de Explotación Sexual, Disposiciones Comunes a los Delitos Sexuales y Trata de Personas; y Rapto.

El delito de pornografía infantil se incluyó dentro de los delitos de explotación sexual estableciendo una abundancia de elementos de carácter valorativo que se incluyeron en la descripción de los comportamientos del tipo penal, pudiendo generar discrepancias hermenéuticas disímiles entre sí. No se realizó una definición de lo que es pornografía infantil, no se estableció en que soportes se podían contener, no se determinaron elementos acordes con la evolución de la tecnología, circunstancias que tuvo como consecuencia que en no pocos casos sea muy complicado el procesamiento y juzgamiento por esta clase de delitos.

En el Código Orgánico Integral Penal se tipifican nuevas conductas penalmente relevantes adaptadas a las normas internacionales. Se introducen nuevos capítulos como por ejemplo, el que se refiere a los delitos contra la

---

<sup>43</sup> Código Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147, de 22 de enero de 1971.

humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos. En otros casos, cuando en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador se establecen tipos penales abiertos y poco precisos, se han diseñado los tipos penales considerando las garantías constitucionales, la efectividad del combate del delito y la precisión en elementos de la tipicidad.<sup>44</sup>

Descrito en líneas anteriores el delito de pornografía infantil se lo ubica dentro del capítulo primero que tipifica las graves violaciones a los Derechos Humanos y Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en la sección tercera – diversas formas de explotación.

De manera complementaria el Art. 69 del Código de la Niñez y Adolescencia, incluye a la pornografía infantil dentro del concepto de Explotación Sexual, definiéndola como *“toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual.”*

### **1.5.1. Tipo objetivo**

Como manifestamos anteriormente frente a las ambigüedades y falta de precisión de algunos términos que presentaba el tipo de pornografía infantil en el Código Penal anterior, actualmente en el Código Orgánico Integral Penal se hicieron varias precisiones que permiten mayor claridad del tipo penal y por tanto mayor facilidad a la hora de su aplicación.

La acción típica del delito de pornografía infantil puede desarrollarse a través de dos grandes modalidades en la cual subyacen varios verbos rectores.

---

<sup>44</sup> Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 de 10 de febrero de 2014, N° 5 Adecuación de la Normativa Nacional a los Compromisos Internacionales.

Así, los artículos 103 y 104 del Código Orgánico Integral Penal tipifican este delito de la siguiente manera:

**“Art. 103.- Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.-** La persona que fotografíe, filme, grabe, produzca, transmita o edite materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual; será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si la víctima, además, sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad grave o incurable, se sancionará con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años. Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.

**“Artículo 104.- Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.-** La persona que publicite, compre, posea, porte, transmita, descargue, almacene, importe, exporte o venda, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio pornografía de niños, niñas y adolescentes, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años”.

Como observamos en el artículo 103 se determinan como verbos rectores el fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar, es decir, todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándoles directa o indirectamente, a excepción del verbo rector transmitir, que consideramos fue un error del legislador, ya que el mismo verbo rector se tipifica en el artículo 104.

En tanto que el artículo 104 establece como verbos rectores el publicitar, comprar, poseer, portar, transmitir, descargar, almacenar, importar, exportar o vender pornografía de niños, niñas y adolescentes, es decir, en este caso el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado.

Como hemos manifestado, al inicio de este capítulo, existe un gran debate en cuanto a la inclusión del verbo rector “poseer”, cuyo análisis más profundo lo realizaremos cuando analicemos el bien jurídico protegido.

Sobre el término *soporte*, diremos que por material pornográfico infantil cabe entender tanto al material fotográfico como el de video, pero no debemos entender que también se incluye las grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas. El artículo 103 es bastante claro en ese sentido al establece la frase “representación visual” es decir cualquier otro tipo de representación, incluida el audio, no son parte del tipo penal.

Varios instrumentos internacionales, especialmente en Europa, son más abarcativos en este tema, incluyendo dentro de la conducta cualquier tipo de representación. Nuestra posición es que sería muy difícil si no imposible, a efectos de la prueba, distinguir en otro tipo de representación si efectivamente se trata de niños, niñas o adolescentes, o personas adultas simulando ser menores, dejando intacto el bien jurídico protegido de esta clase de delitos.

Por último, el artículo 103 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la representación visual real o simulada de niñas, niños y/o adolescentes por lo que es necesario explicar qué significado tiene la pornografía infantil simulada y el porqué de su inclusión en el tipo penal y para aquello describiremos algunos ejemplos de instrumentos internacionales que acogen esta conducta dentro del delito.

Podríamos definir a la pornografía simulada como aquella creación de una representación visual de una conducta sexualmente explícita en la que no participa una niña, niño a adolescente, bien por ser una persona mayor de edad, pese a que de la representación pudiera concluirse lo contrario, o bien porque es un producto de la tecnología y por tanto, no se trata de un individuo real.



La doctrina<sup>45</sup> ha clasificado a la pornografía simulada en: a) pornografía técnica; b) pornografía virtual; y, c) pseudo pornografía infantil.

- a) Pornografía Técnica.- Es aquella protagonizada por personas adultas, que a través de varios procedimientos o medios, aparentan ser niñas, niños o adolescentes.
- b) Pornografía Virtual.- Consiste en la creación de imágenes no reales (dibujos, animaciones, etc.) de niñas, niños o adolescentes involucrados en actos sexuales. En este caso no existen ni las personas ni las situaciones producidas.
- c) Pseudo pornografía infantil.- Consiste en un intermedio entre la pornografía técnica y virtual, ya que consiste en la representación ficticia de pornografía partiendo de imágenes reales de niñas, niños o adolescentes. En este caso no se utiliza realmente al menor, sino que se abusa de su imagen o voz manipulada con artificios técnicos.

La pseudo pornografía infantil ha sido clasificada en tres tipos: **1.** Imágenes de cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en terno de baño al que se le quita dicha prenda como programas computarizados; **2.** Imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño sobreimpresa a un pene de un adulto; **3.** Montaje de fotos, alguna de las cuales representa a un menor y otras tienen contenido sexual.<sup>46</sup>

El legislador ecuatoriano evidentemente tomó como parámetros las definiciones dadas por los instrumentos internacionales para la tipificación e inclusión de la pornografía infantil simulada dentro de este tipo penal.

---

<sup>45</sup> Fermín Morales Prats, *op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>46</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 106.

La Convención de Budapest conceptúa a la pornografía infantil como todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita. (Art. 9.2).

La Decisión Marco 2004/68/JAI aún va más lejos, definiendo a la pornografía infantil como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño; ii) una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i); iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i).<sup>47</sup>

El Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, en su Art. 20.2 establece que por pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

En el apartado en que tratemos el bien jurídico protegido plantearemos nuestra posición acerca de la inclusión de esta modalidad del delito en el tipo penal de pornografía infantil en el Ecuador.

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 35.

## **Sujetos del delito**

El delito de pornografía infantil tipificado en el Código Orgánico Integral Penal no requiere de un sujeto activo calificado, es decir, puede ser cometido por cualquier persona. El tipo penal no exige ninguna calificación especial de quien comete este delito, basta que adecue su accionar a la conducta típica específica.

No obstante en el tercer inciso del artículo 103 se establece una sanción fuertemente agravada cuando quien comete el delito es el padre, la madre, o cualquier persona que tenga una posición de protección frente a la niña, niño o adolescente, imponiéndose una sanción de hasta veintiséis años.

Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

En referencia al sujeto pasivo, debe entenderse que la única característica que exige el tipo penal es la edad. Son víctimas de este delito todas las personas menores de 18 años de edad.

En la incorporación de este delito en el año 2005 se distinguían rangos de edad (mayores de 14 y menores de 18; mayores de 12 y menores de 18; menor de 12 o discapacitado). Esta diferencia, en cuanto a las sanciones, basada en rangos de edad, no era consistente ya que la lesividad por el cometimiento de este delito es igual indistintamente de la edad del sujeto pasivo. Es por esto que en el Código Orgánico Integral Penal se la eliminó y actualmente se protege por igual a todos los menores de 18 años. (Es niño o niña, el menor de 12 años y adolescente las personas entre 12 y 18. Art. 4 Código de la Niñez y adolescencia).

Desde una perspectiva de derecho comparado, no ha resultado pacífica la fijación de una concreta edad a partir de la cual entender penalmente relevante el

material pornográfico. En Australia, la legislación sobre pornografía infantil solo se refiere a edades inferiores a 16 años; en Estados Unidos no hay postura uniforme, variando las edades relevantes de un Estado a otro, si bien la legislación federal la cifra en los 18 años.<sup>48</sup>

La Convención de Budapest pese a considerar menor a toda persona de menos de 18 años, deja en libertad a los Estados para que puedan establecer el límite en 16 años. Sobre el aspecto probatorio queda a criterio de los operadores de justicia en identificar los rasgos evolutivos o de desarrollo del menor.

Ahora bien, en los últimos años ha sido de conocimiento público varios casos en los cuales adolescentes comparten fotografías y videos con material relativo a conductas sexuales explícitas tomadas a sí mismos y de manera consensuada con su pareja interviniendo así los dos en el material (“sexting”). En este sentido, ¿Podemos afirmar que se trata de una acción penalmente relevante? ¿Existe lesión a algún bien jurídico protegido? ¿Podemos decir que existe un sujeto activo y un sujeto pasivo perfectamente determinado? ¿Se puede afirmar que hay víctima en esta conducta?, en definitiva, ¿Se configuraría el delito de pornografía infantil?

La Constitución de la República garantiza a todas las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, luego, si dos jóvenes toman la decisión de mantener una relación sexual libre y voluntaria y bajo los mismos parámetros aceptan filmarse o fotografiarse con el solo propósito de mantener esas imágenes para ellos, resultaría claro que no existe una transgresión a un bien jurídico, ya que tanto su libertad como su indemnidad sexual no se verían afectadas por esta práctica que

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 47.

fue mutuamente consentida; no habrían sujetos del delito; razón por la cual, es claro que estamos frente a un conducta sin víctima y por tanto no se configuraría el delito.

Desde un punto de vista eminentemente penal es indudable que quien realiza estas acciones adecúa su conducta al delito de pornografía infantil y podría ser procesado y sancionado, debido a que de la simple lectura del tipo penal se desprende que solamente se requiere la producción del material, sin importar que se trate de una conducta entre adolescentes, que dicha conducta haya sido consentida por ambos y ni siquiera que el material sea objeto de transmisión o difusión a otras personas; basta con filmar o producir un material de esta naturaleza para ser sancionado por el delito de pornografía infantil.

Sin lugar a dudas, el legislador ignoró una realidad que vive nuestro país. La edad de inicio de la vida sexual de los jóvenes ha disminuido, y si toda norma legal debe guardar coherencia con la realidad de la sociedad para la cual se la expide, es evidente que se debió prever esta situación, que no puede recibir el mismo tratamiento que se da cuando una persona es sancionada por una verdadera transgresión a la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes. Resulta paradójico que en nuestra sociedad se permita a los adolescentes mayores de 16 años trabajar (15), ejercer su derecho al voto, contratar, pero si realiza una fotografía de su propio cuerpo desnudo o semidesnudo, puede ser sancionado como sujeto activo del delito de pornografía infantil.

Consideramos que resulta contraproducente formular una solución en abstracto, ya que caeríamos en generalizaciones o afirmaciones estereotipadas que podrían profundizar aún más el problema. Creemos que la solución debe darse a

cada caso en concreto de acuerdo a sus particularidades y pensando primordialmente en el bienestar y seguridad de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, un problema que puede suscitarse en el proceso penal, es la acreditación de la edad de la víctima, ya que abogados defensores podrían plantear que al no haberse acreditado la edad de la víctima, no existe un elemento que permita declarar la culpabilidad de su cliente y por tanto, al existir duda sobre la culpabilidad, debe ratificarse su estado jurídico de inocencia.

Este hecho no sería un problema cuando la víctima de este delito es notoriamente inferior a los 18 años de edad, por lo que bastaría la constatación por parte del tribunal de las imágenes para concluir que se trata de un menor y por tanto estaría perfectamente adecuada la conducta al tipo penal. Recordemos que el Código Orgánico Integral Penal establece claramente que los hechos notorios no deben probarse.

Cuando el material se refiere a personas cercanas a cumplir los 18 años de edad y no se puede, por cualquier motivo, identificar a la víctima, se presentaría un problema, ya que se generaría una duda al tribunal, y por tanto, de acuerdo a lo establecido en los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal, se debe ratificar el estado de inocencia del procesado.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se reformó el Código de la Niñez y Adolescencia y entre sus modificaciones se incluyó un artículo que permite la determinación de la edad del adolescente a través de una prueba científica. Si bien no se establece con claridad la experticia para determinar la edad de los adolescentes consideramos que las pruebas más aceptadas en la legislación comparada, son los estudios de los huesos (a través de

la osificación y el desgaste óseo) y de la dentadura (a través del estudio de la mineralización de los dientes y, también, de su desgaste).

Resulta imprescindible que la Fiscalía General del Estado, a través del Sistema Nacional de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, emita los diferentes protocolos estandarizados y manuales para la práctica de estas diligencias, ya que revisten una gran importancia a la hora de investigar estos delitos con el único fin de que ninguno de ellos quede en la impunidad.

La Constitución de la República recoge en su artículo 198 al Sistema Nacional de Protección a Víctimas y Testigos, cuya dirección la rige la Fiscalía General del Estado. A través de éste Sistema se brindan medidas de asistencia psicológica, social y de resguardo policial para las víctimas de hechos criminales. Desde el 2009 hasta el 2013 se han registrado únicamente 16 víctimas protegidas por el delito de pornografía infantil, el 100% son niñas – adolescentes mujeres, cuyas edades oscilan entre los 7 y 15 años. El 87,5% de las víctimas pertenecen a zonas rurales; el 12,5% a zonas urbanas. El 68,75% pertenecen a zonas de la Costa del País; el 25% obedece a zonas de la serranía ecuatoriana. De las entrevistas realizadas por el departamento de psicología del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos, podemos afirmar que la afectación psicológica recorre todos los parámetros técnicos descritos en los acápite anteriores, en especial el estrés postraumático, agresividad, y en un porcentaje muy reducido con tendencias suicidas.

VÍCTIMAS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL						
No	PROVINCIA	NIÑO ADOLESCENTE	y/o NIÑA ADOLESCENTE	PROMEDIO EDAD	ZONA RURAL	ZON URBANA
1	AZUAY					
2	BOLIVAR					
3	CAÑAR					
4	CARCHI					

5	COTOPAXI					
6	CHIMBORAZO		2	9 - 11	2	
7	EL ORO					
8	ESMERALDAS					
9	GALÁPAGOS					
10	GUAYAS		4	13 - 15	4	
11	IMBABURA					
12	LOJA					
13	LOS RIOS		2	9 - 11	2	
14	MANABI		5	7 - 16	5	
15	MORONA SANTIAGO					
16	NAPO					
17	ORELLANA					
18	PASTAZA					
19	PICHINCHA		2	7 - 9		2
20	SANTA ELENA					
21	SANTO DOMINGO		1	8	1	
22	SUCUMBIOS					
23	TUNGURAHUA					
24	ZAMORA CHINCHIPE					
<b>TOTALES</b>			16		14	2

**Fuente:** Fiscalía General del Estado - Sistema Nacional de Protección a Víctimas y Testigos

## Bien jurídico

En el apartado anterior se analizó el debate doctrinario que existe alrededor de cuál es el bien jurídico que se protege con la tipificación del delito de pornografía infantil, concluyendo que se está consolidando el criterio de que es la indemnidad sexual el bien jurídico protegido y diferenciándolo de la libertad sexual en que ésta se basa en la protección del derecho a decidir sobre la propia sexualidad y aquel, en la protección del derecho a formar en libertad tal capacidad de decisión.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Javier Fernández Teruelo, *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/2003*, en José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Maillo, edit., *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la*



Nuestra legislación integra a la pornografía infantil dentro de la categoría de las graves violaciones a los Derechos Humanos y Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en su sección tercera referente a las diferentes formas de explotación; en su redacción reconoce como bienes jurídicos la libertad e indemnidad sexual, puesto de lo que se trata es de proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual. No obstante, debe recordarse que el hecho de que estos tipos penales protejan esencialmente la indemnidad sexual, no se deja de lado otros bienes jurídicos protegidos, especialmente los inherentes a la dignidad de la persona humana.

El artículo 103 sanciona las conductas que afectan directamente a las niñas, niños y/o adolescentes, es decir, aquellas que se realizan sobre ellos, *verbigracia*, el fotografiar, filmar o producir. Al realizarse la conducta directamente sobre el menor podemos afirmar categóricamente que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.

Como manifestamos en el apartado en que analizamos los sujetos del delito, es importante que cada proceso puesto en conocimiento del juzgador, por el delito de pornografía infantil, en los que no exista asimetría en las edades entre el menor poseedor y los menores representados en el material pornográfico de quienes participen en él, sea analizado de acuerdo a sus particularidades, ya que como analizamos anteriormente habrán casos en los cuales no exista lesión al bien jurídico protegido.

Por otro lado, las conductas que se tipifican en el artículo 104 se realizan sobre un material ya creado o producido, por lo que la indemnidad sexual, como

---

*Política Criminal*, Estudios homenaje al profesor Alonso Serrano Gómez., Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 256.

tipo de daño, no sería el bien jurídico que se protege. Podemos manifestar que se protege la indemnidad sexual pero como tipo de peligro, ya que lo que se pretende al sancionar estas conductas es impedir que se siga utilizando a menores y especialmente evitar el peligro de acciones imitadoras por parte de los usuarios de estos materiales.

Adicionalmente, estamos completamente en desacuerdo a que en el artículo 103 del Código Orgánico Integral Penal se haya incluido a la pornografía infantil simulada. Fernández Teruelo considera que salvando las distancias, sería como castigar el consumo o tráfico de sustancias lícitas e inocuas para la salud por el hecho de que las mismas puedan parecer o simular droga. Sin embargo, este autor considera probable que exista una lesión de la intimidad personal en la medida que se divulgan aspectos relacionados a la imagen o intimidad sexual de los menores.<sup>50</sup>

Boldova Pasamar plantea que este delito puede llegar a constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen, que es susceptible de protección civil, en la medida en que por tal se entiende, entre otras, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona (sin su consentimiento) para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por lo tanto, desde el punto de vista de la protección penal sólo puede considerarse estamos ante un peligro abstracto para los bienes jurídicos de los delitos sexuales.<sup>51</sup>

Nuestra posición es que al no utilizarse un menor de edad real en la creación de estas imágenes, no se estaría transgrediendo ningún bien jurídico protegido, no existiría lesividad, y por tanto no existe el delito.

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 64

<sup>51</sup> Miguel Ángel Boldova Pasamar, “*Artículo 189*”, en Díez Ripollés y otros, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 531.

Por último, el artículo 104 tipifica como conducta el poseer pornografía infantil. Si bien fijamos nuestra posición al inicio de este capítulo, consideramos importante realizar algunas precisiones.

La posesión de pornografía infantil ha generado un extenso debate doctrinario y jurisprudencial, cuyo centro es la ausencia de un bien jurídico protegido y que puede suponer un intento de proteger penalmente una concepción de moral sexual colectiva; también se defiende su atipicidad sobre la teoría del coste menor, por cuanto la posesión de este material supondría un freno en el ciclo sexual de los pedófilos, pues en la medida que se vean satisfechas por esta vía sus necesidades sexuales, se evitarán o reducirán otras conductas de mayor gravedad.<sup>52</sup>

En contraposición a lo descrito, se ha podido definir la gravedad de la posesión de pornografía infantil, en base a un estudio realizado por la National Juvenile On line Victimization<sup>53</sup>, del cual se desprende que más del 80% de los arrestados por posesión tenían imágenes de menores penetrados sexualmente. Aproximadamente el 21% de los detenidos tenían imágenes de niños soportando esclavitud, actos de sexo sádico y otros tipos de violencia sexual. Más del 39% tenían videos de niños con imagen y sonido. Aunque lo normal es que no llegue a conocerse la identidad de los menores explotados, muchas de esas imágenes son de niños víctima de abusos. Quienes poseen esos archivos, sea para gratificación sexual, curiosidad, como medio para lucrarse o por otras razones, están añadiendo a las penurias de la víctima el trauma de saber que sus imágenes están circulando

---

<sup>52</sup> Ángela Guisado Moreno, *El consumo pornográfico infantil en internet, el lado oscuro de la red*, RCE número 81-2007, pp. 3-45, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 90.

<sup>53</sup> Disponible en: [www.unh.edu/.../N-JOV2\\_methodology\\_report.pdf](http://www.unh.edu/.../N-JOV2_methodology_report.pdf), visitada el 24 de junio de 2014.

globalmente en internet sin esperanzas de que pueda ponerse fin a tal circulación.<sup>54</sup>

Son varios los países que penalizan la simple posesión de pornografía infantil, entre ellos: Andorra, Araba, Australia, Barbados, Bélgica, Bosnia, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, Dinamarca, el Salvador, Estonia, Francia, Grecia, Honduras, Hong Kong, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Lituania, Malta, Marruecos, Holanda Nueva Zelanda, Panamá, Papúa, Nueva Guinea, Noruega, Paraguay, Perú, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Sudáfrica, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tonga, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.<sup>55</sup>

Independientemente de la posición que se tome en este tema, es importante señalar que para que se constituya el verbo rector poseer debe cumplirse con tres elementos: **1.** Una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, dentro de un escenario sexual; **2.** Que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, pudiendo excluir cualquier actividad que suponga producción o difusión; **3.** Un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente al mantener en sus archivos material pornográfico infantil.<sup>56</sup>

### **1.5.2. Tipo subjetivo**

La pornografía infantil es evidentemente un delito doloso ya que exige, en sus distintas modalidades, que el sujeto activo conozca que los intervinientes son menores de edad. Bajo ningún concepto esta infracción puede ser cometida de manera culposa (imprudencia) ya que el artículo 27 del Código Orgánico Integral

---

<sup>54</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 96.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 102.

Penal señala expresamente que una conducta culposa es punible sólo cuando se encuentre tipificada como infracción en el Código, y en el delito de pornografía infantil no se contempla tal posibilidad.

En cuanto al artículo 103 del Código no se evidenciaría mayor problema, ya que resulta claro que las personas que fotografíen, filmen o produzcan pornografía con estas características conocen la edad de las personas que intervienen y en ese sentido, esta conducta siempre será dolosa.

Para el caso del artículo 104, por el contrario, se debe tener claro que el sujeto activo debe conocer que lo que está publicitando, comprando, poseyendo, transmitiendo, descargando etc., es pornografía en la cual actúan personas menores de 18 años de edad. En este sentido puede darse, en no pocos casos, que una persona procesada por este delito alegue que desconocía el contenido de los videos (enunciándose en una circunstancia de error de tipo) por lo que el juzgador deberá evaluar las pruebas en su conjunto para determinar si es probable que desconociera el contenido de los archivos o la edad de las personas que intervinieron en las imágenes.

Es importante que se recaben la mayor cantidad de elementos para demostrar el dolo con que actuó la persona procesada, ya que en caso de que se tenga por probable que el autor desconocía que se trataba de menores de edad, la conducta sería atípica y por tanto impune.

Si bien nuestro Código Orgánico Integral Penal no determina una clasificación de dolo, consideramos importante que a través de la jurisprudencia se la establezca, ya que para el caso de varios delitos, incluyendo el de pornografía infantil, basta con que el sujeto activo haya aceptado como probable

que se trataba de pornografía infantil para que se configure el delito a través del dolo eventual.

### **1.5.3. Punibilidad**

El Código Orgánico Integral Penal presenta una mayor rigurosidad, que el Código Penal derogado, al momento de sancionar estas conductas; así, quien incurre en el delito sancionado en el artículo 103 se le impondrá una pena privativa de libertad de 13 a 16 años (en el 2005 la pena era de seis a nueve años).

Si la víctima sufre algún tipo de discapacidad la sanción es de 16 a 19 años; y la pena se agrava aún más, si quien comete el delito es el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia, el ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, quien tiene el deber de protección para con el menor, en cuyo caso la sanción será de 22 a 26 años.

Para el caso del delito tipificado en el artículo 104 la pena privativa de libertad será de 10 a 13 años. La sanción es inferior a la determinada en el artículo 103 en razón de que, como manifestamos en líneas anteriores, la lesividad es menor ya que no existe una transgresión directa a la indemnidad sexual del menor, porque aquella conducta se la realizó al momento de la creación de la representación y ya no cuando se la importe, exporte, compre, venda, etc.

Adicional a la pena privativa de libertad señalada anteriormente, el sujeto activo del delito de pornografía infantil tendrá una sanción de multa que va desde cuarenta a sesenta salarios básicos unificados al trabajador en general (para el caso del artículo 104) hasta ochocientos a mil salarios básicos unificados del

trabajador en general (para el caso en que el sujeto activo es quien el deber de protección frente al menor).

El artículo 48 del Código Orgánico Integral Penal, determina nueve circunstancias agravantes para aquellos delitos que afecten la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.

1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares; 2. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción en establecimientos de turismo, distracción o esparcimiento, lugares en los que se realicen programas o espectáculos públicos, medios de transporte, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de privación de libertad o en recintos policiales, militares u otros similares; 3. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal; 4. Si la víctima está o resulta embarazada, se halla en la etapa de puerperio o si aborta como consecuencia de la comisión de la infracción; 5. Compartir o ser parte del núcleo familiar de la víctima; 6. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, de extrema necesidad económica o de abandono; 7. Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo; 8. Tener la infractora o el infractor algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, tal como ser: funcionaria o funcionario público, docente, ministras o ministros de algún culto, funcionarios o funcionarias de la salud o personas responsables en la atención del cuidado del paciente; por cualquier otra clase de profesional o persona que haya abusado de su posición, función o cargo para cometer la infracción; 9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción.

Por último, es importante señalar que por primera vez en la historia del Ecuador, se establecen sanciones para las personas jurídicas a las cuales se determine responsabilidad penal<sup>57</sup>, y se incluye como sanciones las siguientes:

1. Multa.
2. Comiso penal.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control.
7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

---

<sup>57</sup> **Artículo 109.- Sanción a la persona jurídica.-** Cuando se determine la responsabilidad penal de una persona jurídica en la comisión de los delitos previstos en esta Sección, será sancionada con la extinción y multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

#### **1.5.4. Aspectos no incluidos en el Código Orgánico Integral Penal**

En esta sección desarrollaremos algunos de los elementos contenidos en otras legislaciones, en especial Estados Unidos y España, que no han sido incluidas en nuestro Sistema Penal.

#### **Proveedores**

La responsabilidad de los proveedores del servicio en la legislación ecuatoriana, sobre pornografía infantil, es limitada. Los proveedores no asumen una función activa respecto a los contenidos introducidos en su servidor, por tanto es difícil exigir una función de control sobre esa información, puesto que al limitarse a ejecutar una mera función técnica, su capacidad de control es prácticamente nula. Una cosa es ser productor de información y otra, muy diferente, ser un mero vehículo o intermediario de la circulación de la información.

Al parecer los portales de internet no pueden ser culpados del tráfico de pornografía infantil, ya que desconocen la mayor parte de los contenidos que albergan. El problema para detectar la pornografía infantil albergada en sus servidores, son las miles de webs personales, foros, chats y comunidades existentes, y ello a pesar de todos los sistemas internos que colocan con el objetivo de controlar esta problemática. Creemos que uno de los roles de la actual Superintendencia de Información y Comunicación, es la de alertar, clausurar y comunicar inmediatamente a las autoridades judiciales sobre la presencia de contenido pornográfico infantil.

**Art. 67.- Prohibición.-** Se prohíbe la difusión a través de los medios de comunicación de todo mensaje que constituya incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia, a la comisión de cualquier acto ilegal, la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso.

Queda prohibida la venta y distribución de material pornográfico audiovisual o impreso a niños, niñas y adolescentes menores de 18 años.



El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo será sancionado administrativamente por la Superintendencia de la Información y Comunicación con una multa de 1 a 5 salarios básicos por cada ocasión en que se omita cumplir con esta obligación, sin perjuicio de que el autor de estas conductas responda judicialmente por la comisión de delitos y/o por los daños causados y por su reparación integral.<sup>58</sup>

Los proveedores de acceso a internet que actúen proporcionando servicios de webhosting no tienen obligación de fiscalizar los contenidos de las páginas, como tampoco los mensajes de email que se envían a través de sus sistemas; sin embargo si con conocimiento de la naturaleza pornográfica infantil, los proveedores de servicio, pudiendo evitarlo, permiten estos contenidos podrían incurrir en responsabilidad penal, tanto las personas físicas como las jurídicas.<sup>59</sup>

### **Sexting**

Los fenómenos que hacen referencia al término “Sexting” pueden incluir varias conductas; precisamente su falta singularización ha impedido que estos hechos sean previstos por nuestra legislación penal.

Falta de singularización en tanto y en cuanto, se mantiene el debate en torno a si estas conductas verdaderamente lesionan algún bien jurídico protegido y si es necesaria su tipificación como delito. Consideramos que las normas penales no pueden ser la solución para todos los casos; no obstante, en el supuesto de considerar pertinente su tipificación, no se debería intervenir en las conductas y en el entorno de los menores con la misma contundencia con que sucede en el derecho penal de adultos.

Para Julia McLaughlin, dicho fenómeno englobaría aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistente en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o

---

<sup>58</sup> Ley Orgánica de Comunicación, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 22 de 25 de junio de 2013.

<sup>59</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, Miguel, *op. cit.*, p. 208

semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet (por ejemplo, subiendo fotografías o videos en páginas como Facebook o Hi 5, Myspace, Instagram, etc.).<sup>60</sup>

Desde una perspectiva jurídico-penal, José Agustina considera que el objeto de protección cuando se reacciona ante el Sexting es doble:

1. Evitar la producción de pornografía infantil por cauces que no son los habituales y en los que la iniciativa y la limitada libertad de los menores no se ve afectada por la intervención de adultos;<sup>61</sup>
2. Proteger la deficiente autodeterminación sexual de los menores. A este respecto, conviene señalar que en la inmensa mayoría de países no se reconoce a todas las personas el derecho a decidir mantener relaciones sexuales o, en un sentido más amplio, a verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual. Es decir, se les niega la libertad sexual a los menores a partir de cierta edad.<sup>62</sup>

Si bien a lo largo de nuestro trabajo hemos manifestado que en ciertos casos, esta conducta *per se* no afecta directamente un bien jurídico protegido, queremos dejar claro que el sexting puede ser la causa principal para que un menor sea objeto de grooming o cyberbullying lo que muchas veces puede traer consecuencias graves y en varios casos irreparables.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> McLaughlin, Julia, *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, 2010: disponible en: [http://works.bepress.com/julia\\_mclaughlin/1](http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1) visitada el 20 de agosto de 2014.

<sup>61</sup> José Agustina Sanllehí, *Menores Infractores o Víctimas de Pornografía Infantil*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695 – 0194, 2010. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>, visitada el 20 de diciembre de 2014.

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> En Estados Unidos una joven de 18 años se suicidó luego de que las fotos (desnuda) que le había enviado a su novio (sexting), terminaron en manos de sus compañeros de clase, por lo que fue víctima de insultos (le llamaban prostituta) y otros ataques (cyberbullying). Disponible en [www.bbc.co.uk/cultura\\_sociedad](http://www.bbc.co.uk/cultura_sociedad), visitada el 20 de diciembre de 2014

El problema con el sexting es que el material puede ser difundido a un sinnúmero de personas de manera sencilla y rápida, de forma que el remitente inicial pierde totalmente el control sobre la difusión de dichos contenidos.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> José Agustina Sanllehí, *op. cit.*

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

#### **2.1. Dificultades en la aplicación de la ley**

No hay equívoco al afirmar que la internet, así como el avance de las TIC's, han brindado a la humanidad significativos beneficios. Hoy imaginarse un mundo sin las tecnologías de la comunicación es impensable. Según la Our Connected World,<sup>65</sup> casi dos mil millones de habitantes del planeta están conectados a la red, y en todos los sectores de la sociedad se han utilizado estos medios para la el desarrollo de las operaciones cotidianas.

No obstante, estos mismos avances e innovaciones tecnológicas permiten que ciertas personas se aprovechen para cometer actos por fuera de la ley. Las oportunidades que crea el internet son para todos y por tanto debemos ser conscientes que muchos las podrán utilizar para aprovecharse ilegítimamente de los demás.

El internet no reconoce fronteras y por tanto ofrece las más variadas ventajas para el cometimiento de un delito y desde luego un sinnúmero de inconvenientes para su investigación. El determinar el origen de una información que se encuentra en internet resulta muy difícil si no imposible. Es aquí donde se presenta el primer problema para aplicar la ley. Pensemos en el caso de que en internet se cuelgue una carta de amenaza contra la vida del presidente de Colombia. ¿Cómo determinar en donde se encuentra la persona que subió esa carta? o, ¿será coincidente el lugar donde se encuentra el infractor con el lugar desde donde fue subida la carta? Evidentemente en razón de los métodos que

---

<sup>65</sup> Our connected world: <http://columnfivemedia.com/work-items/gigaom-infographic-our-connected-world-2/> Visitada: 20 de agosto de 2014

existen actualmente para subir información al internet<sup>66</sup>, nuestras preguntas no tendrían una respuesta concreta.

Un segundo problema, que es consecuencia del primero, tiene relación a la ley aplicable en el caso de delitos informáticos. Un sujeto puede cometer un delito estando situado en un país muy distinto del sujeto pasivo e incluso desconocerlo. En este caso la acción se da en un estado y el resultado se produce en otro. ¿Cuál sería entonces la legislación aplicable a este caso? ¿Qué país tendría la jurisdicción para juzgar este delito? ¿Debe incoar la investigación el país en donde se realizó la acción o donde se produjo el resultado? Debemos tener presente que cada legislación puede dar un tratamiento distinto a cada delito e incluso podrían haber legislaciones en la que una conducta no se encuentre tipificada como infracción penal y por tanto podría dar lugar a casos de impunidad.

Uno de los casos legales que se utilizan doctrinariamente para ejemplificar la problemática aquí planteada fue el suscitado entre la empresa estadounidense de servicios en línea Yahoo! y la asociación francesa Liga Internacional contra el Racismo y el Antisemitismo (licra).<sup>67</sup>

Yahoo!, en el año 2000, fue demandada en Francia por facilitar la oferta de artículos nazis, y hospedar grupos en línea donde se distribuían los textos antisemitas *Mi lucha*, de Adolfo Hitler, y *Los protocolos de los sabios de Sión*; sin embargo, Yahoo! tiene su domicilio en California y los servidores que soportaban tales operaciones se encontraban físicamente en Estados Unidos, y por tanto, la

---

<sup>66</sup> Aquellos que cometen esta clase de delitos, ocultan la información ilícita a través de una cortina de mirrors, de modo que una página web puede estar situada en otro lugar del que aparenta.

<sup>67</sup> David Ramírez Plascencia, *Conflicto de leyes y censura en internet, Comunicación y Sociedad*, Departamento de Estudios de la Comunicación Social, Universidad de Guadalajara. Disponible en [http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/comsoc/pdf/cys8\\_2007/cys\\_n8\\_8.pdf](http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/comsoc/pdf/cys8_2007/cys_n8_8.pdf), visitado el 20 de octubre de 2014.

oferta de dichos artículos, como la publicación de los textos, estaba garantizada por la primera enmienda de su Constitución referente a la libertad de expresión.

La defensa de Yahoo!, consistió en sostener que los contenidos en disputa estaban almacenados en un servidor en Estados Unidos y por tanto, los jueces franceses no tenían competencia para conocer el caso. El juez consideró que al visualizarse en Francia los artículos ofertados y que era posible la participación de franceses en la subasta, se había transgredido la ley en Francia y por tanto si era competente para conocer el caso, y condenó a Yahoo! a tomar todas las medidas necesarias para evitar que los franceses pudieran entrar al sitio de yahoo.com., pagar los costos del procedimiento legal, los gastos de los demandantes, y una multa por concepto de daños para las organizaciones, sentencia que jamás fue cumplida por los argumentos antes señalados, respaldados por una corte en California.

No es objetivo de esta trabajo analizar cada uno de los argumentos presentados en el caso citado, solo queremos dejar sentado que los problemas que hemos enunciado al inicio esta apartado se están dando, y con el pasar de los años y la evolución de las TIC`s se darán con más frecuencia, por lo que es necesario asumir una posición global en procura de buscar una solución.

Ya en el caso específico de los delitos de pornografía infantil, estos problemas están presentes y se agudizan mucho más por el hecho de que lo que está en juego no son intereses de una corporación internacional o ideologías de los países, sino la tutela de aquellos que requieren mayor protección: las niñas, niños y adolescentes.

En efecto, pensemos en el caso de una grabación realizada en Australia de una conducta pornográfica infantil sobre un menor de 17 años y que esa imagen es

enviada por el productor del video a un amigo en Italia, y éste a su vez las sube a internet gracias a un servidor que se encuentra ubicado en Holanda. ¿Cuál es la legislación aplicable? ¿Quién puede iniciar el procedimiento? En Australia la edad mínima para que se configure el delito de Pornografía Infantil es 16 años, en consecuencia ¿es delito esta conducta en Italia, cuando la realización del material pornográfico fue realizada con una persona cuya edad le permitía realizarla en Australia?

Los principios con los cuales se intenta dar respuesta a estas interrogantes son los que tradicionalmente han sido utilizados para fijar la competencia de un Estado: El principio de territorialidad, y los principios extraterritoriales de personalidad, defensa y de universalidad.<sup>68</sup>

- Principio de Territorialidad.- El lugar del cometimiento del delito es el parámetro fundamental para establecer la competencia jurisdiccional de un Estado. Ahora bien, en muchas ocasiones, y especialmente por la naturaleza del delito que estamos analizando no es posible determinar con claridad el lugar del cometimiento de una infracción y por esto se han establecido tres teorías que permitirían establecerlo:<sup>69</sup>
  - a) Teoría de la Acción.- Según la cual el lugar del cometimiento del delito, es el lugar donde se ha ejecutado la conducta.
  - b) Teoría del Resultado.- El delito se entiende realizado en el lugar donde se produce el resultado.
  - c) Teoría de la Ubicuidad.- Se utilizan las dos teorías anteriormente señaladas, en consecuencia, se entiende cometido

---

<sup>68</sup> Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, Ediciones Legales, Quito, 2010, pp. 96 – 98.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 99.

el delito tanto en el lugar donde se realizó la conducta como en el lugar donde se ocasionan los efectos.

- Principios Extraterritoriales.- En razón de que el principio de territorialidad es insuficiente para solventar los problemas para el juzgamiento de esta clase de delitos y por tanto evitar su impunidad, se plantean los principios de extraterritorialidad que a continuación comentamos:

- a) Principio de personalidad o nacionalidad.- Según este principio es aplicable la ley del país al que pertenece el autor del delito, independientemente del lugar en que se cometió.
- b) Principio de defensa.- Según este principio, también llamado real o de protección, es aplicable la ley del país cuyos intereses son afectados por el delito, sin tomar en cuenta el lugar del cometimiento del mismo ni la nacionalidad de los autores.
- c) Principio de Universalidad o justicia universal.- Según este principio es aplicable la ley del país que aprese a la persona que cometió el delito, sin tomar en cuenta ninguna otra consideración.

La legislación ecuatoriana adopta todos estos principios según se desprende del artículo 14 del Código Orgánico Integral Penal. El Principio de territorialidad en los numerales 1 y 3, y los principios extraterritoriales de nacionalidad en el numeral 2 letra c) y numeral 4; defensa en las letras a) y b) del numeral 2, y justicia universal en las letras d) y e) del numeral 2.

El procesamiento, juzgamiento y sanción del delito de pornografía infantil podría ser juzgado en nuestros tribunales, aunque no se hubiere realizado la acción



en nuestro territorio y aunque no se haya producido los efectos en el país en atención a lo establecido en la letra d) del numeral 2 del ya mencionado artículo 14 del Código Orgánico Integral Penal, siempre y cuando no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción.

## **2.2. Dificultades en la investigación de la pornografía infantil**

Como lo hemos comentado a lo largo de nuestra investigación, el carácter global que tienen los delitos informáticos y especialmente el de pornografía infantil, hace que las herramientas con las que cuentan los Estados a la hora de abordar la problemática resulten completamente insuficientes. Acceder al internet es muy sencillo, se lo puede hacer desde cualquier parte del mundo, pero por este mismo hecho se torna casi imposible la investigación a nivel nacional de esta clase de delitos.

Es cierto que en las mayoría de legislaciones a nivel mundial, en materia penal y procesal penal, se han dado importantes avances. El delito de pornografía infantil es seriamente sancionado (en Ecuador la pena privativa de libertad mínima es de 10 y la máxima puede llegar a 22 años), y se han incluido una serie de procedimientos para facilitar la investigación de este delito. No obstante es clarísimo que quienes se dedican a este tipo de actividades están siempre un paso delante de las legislaciones.

Según el informe de la fundación ANESVAD (A Nuestros Enfermos Servimos Viendo A Dios) sobre pornografía infantil, internet ha generado una verdadera revolución en el mercado de la pornografía infantil absorbiéndolo casi totalmente en base a los siguientes requisitos: la simplicidad del procedimiento de descarga de archivos, el enorme número de usuarios que pueden acceder e intercambiar, lo limitado de los costes, la calidad visual de las fotografías y vídeos

que circulan y la posibilidad de un acceso anónimo al contenido pornográfico sin necesidad de identificarse o con posibilidad de identificarse con nombre falso.<sup>70</sup>

De igual manera, quienes se dedican a esta actividad cuentan cada vez más con imparables avances tecnológicos que les permite con mayor facilidad subir el material pornográfico a la red. Anteriormente era completamente necesario poseer una cámara de video, un ordenador y la tecnología para subir el material. Ahora ya no se requiere ni siquiera poseer un computador y las nuevas TIC`s, permiten subir todo desde el mismo dispositivo, que inclusive cuenta con una webcam incorporada.

Frente al panorama planteado, los organismos encargados de la investigación del delito de pornografía infantil y el procesamiento de sus autores, cuentan con limitadas herramientas a la hora de reaccionar. En aquellas legislaciones en que rige el sistema penal acusatorio oral es el Fiscal quien debe recabar todos los elementos de convicción necesarios para realizar una imputación. A su vez el fiscal cuenta con un organismo policial de investigación quien coadyuva en la investigación del delito.

Tanto la Fiscalía como el organismo policial de investigación mantienen una infraestructura tecnológica sumamente obsoleta, aquella que le sirve para la investigación de los delitos comunes, entendiéndose éstos como aquellos que no se cometen a través o sobre las tecnologías de la información y comunicación, volviendo precaria la investigación y arrojando resultados negativos en la administración de justicia.

No existe una forma efectiva de investigar lo que está sucediendo en la red, para reaccionar de manera adecuada y llevar ante la justicia a los autores de

---

<sup>70</sup> ANESVAD, Informe sobre la pornografía infantil en Internet, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 266.

este execrable delito. En aquellos pocos casos que se llega a establecer indicios de que se está dando un delito de pornografía infantil, los métodos actuales de investigación no permiten obtener los suficientes elementos de convicción para formular y mantener cargos sólidos basados en aquellos elementos. Y por último en aquellos casos en que se llega hasta la etapa de juicio, muchos casos se caen por la falta de experticia a la hora de realizar los diferentes peritajes del caso.

Otro tema importante que debe señalarse es que la prueba debe conservar su integralidad, es decir bajo ningún concepto puede viciarse o establecer algún rango de duda, por tal razón los métodos y protocolos que se usen para este delito debe ser específicos, dando cumplimiento estricto de la legalidad procedimental y obteniendo aquellas autorización judiciales cuando el caso así lo requiera.

Es un hecho que los medios tradicionales para investigación del delito de pornografía infantil resultan irrisorios frente a las técnicas con las que actúan quienes se dedican a esta práctica, lo que fomenta grandes problemas en las investigación y por tanto una descarada impunidad.

Ecuador, con una población de 15'822.169 habitantes, mantiene un promedio anual de 201.500 denuncias, siendo los delitos contra la propiedad (robo, hurto, abigeato) (48.01%) y de los delitos de tránsito (12,58%) los más concurridos; le siguen los delitos por lesiones (4,81%) y los delitos sexuales (3,47%).

En los últimos seis años el promedio de noticias de delito, por violencia sexual (violaciones, atentado al pudor, abuso sexual, trata de personas con fines de explotación sexual, pornografía infantil, corrupción de menores) ha sido de 12.000 denuncias, de éstas solo el 1,70% corresponde al delito de pornografía infantil. Si

bien el tipo ha sido visibilizado, la ausencia de conocimientos especializados, así como las destrezas técnicas para la investigación han limitado su penalización.

<b>DENUNCIAS POR DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL</b>						
<b>PROVINCIA</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>Ene – Ago 2014</b>
AZUAY	4	3	1	1	0	2
BOLIVAR	0	0	1	0	0	0
CAÑAR	1	1	0	0	0	1
CARCHI	1	0	0	1	0	0
COTOPAXI	0	2	0	1	1	0
CHIMBORAZO	1	0	0	0	0	0
EL ORO	12	6	2	1	4	1
ESMERALDAS	3	2	1	1	5	3
GALÁPAGOS	0	0	0	0	1	0
GUAYAS	8	7	12	6	8	5
IMBABURA	1	3	1	1	6	1
LOJA	1	0	0	0	1	0
LOS RIOS	0	1	0	1	2	1
MANABI	4	3	1	2	3	5
MORONA SANTIAGO	0	0	1	0	1	0
NAPO	1	0	0	0	1	0
ORELLANA	0	0	1	0	1	0
PASTAZA	0	0	0	0	0	0
PICHINCHA	23	3	4	1	5	4
SANTA ELENA	1	1	1	1	5	0
SANTO DOMINGO	1	0	0	0	0	0
SUCUMBIOS	0	0	2	0	1	2
TUNGURAHUA	0	1	1	1	3	0
ZAMORA CHINCHIPE	0	1	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>62</b>	<b>34</b>	<b>29</b>	<b>18</b>	<b>48</b>	<b>25</b>

**Fuente:** Fiscalía General del Estado – Dirección de Gestión y Actuación Procesal

Como podemos apreciar en los cuadros estadísticos, en el periodo 2009 – Agosto de 2014, se ha registrado únicamente 216 denuncias por este delito, del total denunciado se han realizado 45 instrucciones fiscales (20,8%), y únicamente se han conseguido 11 sentencias condenatorias (5,09%) del total de denuncias

registradas; cabe señalar también que el 17% de las denuncias presentadas han sido desestimadas.

<b>SITUACIÓN PROCESAL - DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL - PERIODO 2009 – Agosto 2014</b>							
<b>PROVINCIA</b>	<b>DENUNCIAS</b>	<b>INSTRUCCIONES FISCALES</b>	<b>DICTÁMEN ACUSATORIO</b>	<b>DICTÁMEN ABSTENTIVO</b>	<b>SENTENCIA CONDENATORIA</b>	<b>SENTENCIA ABSOLUTORIA</b>	<b>DESESTIMACIONES</b>
AZUAY	11	1	1	0	0	1	2
BOLIVAR	1	0	0	0	0	0	1
CAÑAR	3	2	0	1	0	0	0
CARCHI	2	0	0	0	0	0	0
COTOPAXI	4	1	1	0	0	0	2
CHIMBORAZO	1	1	0	0	0	0	0
EL ORO	26	10	4	0	1	0	1
ESMERALDAS	15	1	0	0	0	0	0
GALÁPAGOS	1	0	0	0	0	0	0
GUAYAS	46	10	2	0	3	1	5
IMBABURA	13	2	1	0	0	1	4
LOJA	2	0	0	0	0	0	2
LOS RIOS	5	3	0	2	0	0	2
MANABI	18	5	1	0	2	0	3
MORONA SANTIAGO	2	0	0	0	0	0	0
NAPO	2	1	0	0	0	0	1
ORELLANA	2	0	0	0	0	0	0
PASTAZA	0	0	0	0	0	0	0
PICHINCHA	40	6	4	2	5	0	15
SANTA ELENA	9	1	2	0	0	0	0
SANTO DOMINGO	1	0	0	0	0	0	0
SUCUMBIOS	5	1	1	0	0	0	0
TUNGURAHUA	6	0	0	0	0	0	0
ZAMORA CHINCHIPE	1	0	0	0	0	0	0
<b>TOTALES</b>	<b>216</b>	<b>45</b>	<b>17</b>	<b>5</b>	<b>11</b>	<b>3</b>	<b>38</b>

**Fuente:** Fiscalía General del Estado – Dirección de Gestión y Actuación Procesal

La posibilidad de introducir mensajes o contenidos en la red, de forma masificada y difusa, dificulta sobremanera la persecución de la difusión de pornografía infantil en la red, pues hace muy difícil la prueba y, en particular, la identificación de los autores.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Fermín Morales Prats, *op. cit.*, p. 116.

El ámbito geográfico de la pornografía infantil a través de la red es el mundo virtual, que nada tiene que ver con el mundo físico o espacio físico sobre el cual el legislador, la policía, el Estado, etc., trabajan a la hora de regular, perseguir y prevenir estos hechos. El estatuto jurídico de internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional. Las soluciones jurídicas deben ser, en consecuencia, de carácter internacional, para que así los autores o suministradores de contenidos pornográficos no se aprovechen de las lagunas legales aún existentes.

El Ecuador tiene ratificado el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo tres reconoce la jurisdicción universal, y el propio Código Orgánico Integral Penal lo recoge, como manifestamos anteriormente, en el artículo 14, numeral 2, letras d) y e), no obstante, ¿Cómo pensar en aplicar jurisdicción universal cuando nuestras herramientas son insuficientes para la investigación y procesamiento de este delito?

### **Constatación empírica**

Desde la reforma penal del 2001, en el sistema procesal penal ecuatoriano hubo un cambio de paradigma, ya que se pasó de un sistema inquisitivo escrito a un sistema acusatorio oral en el que la Fiscalía General del Estado toma un protagonismo marcado. Si bien es cierto, en el área investigativa, se seguía manteniendo procedimientos y denominaciones policiales, esta institución se ha destacado por generar estructuras independientes y especializadas de acuerdo al bien jurídico protegido, así como por la desconcentración del servicio en los niveles provincial y cantonal.

Actualmente la Fiscalía General del Estado cuenta con 108 puntos de atención a nivel nacional; las capitales de provincia o cantones con una alta densidad poblacional disponen de subunidades especializadas, así son integradas por: Soluciones rápidas, patrimonio ciudadano, personas y garantías, delitos sexuales y violencia intrafamiliar, administración pública, accidentes de tránsito, delincuencia organizada, adolescentes infractores, fe pública, y por primera vez en el país una comisión de la verdad, encargada del conocimiento de violaciones de derechos humanos.

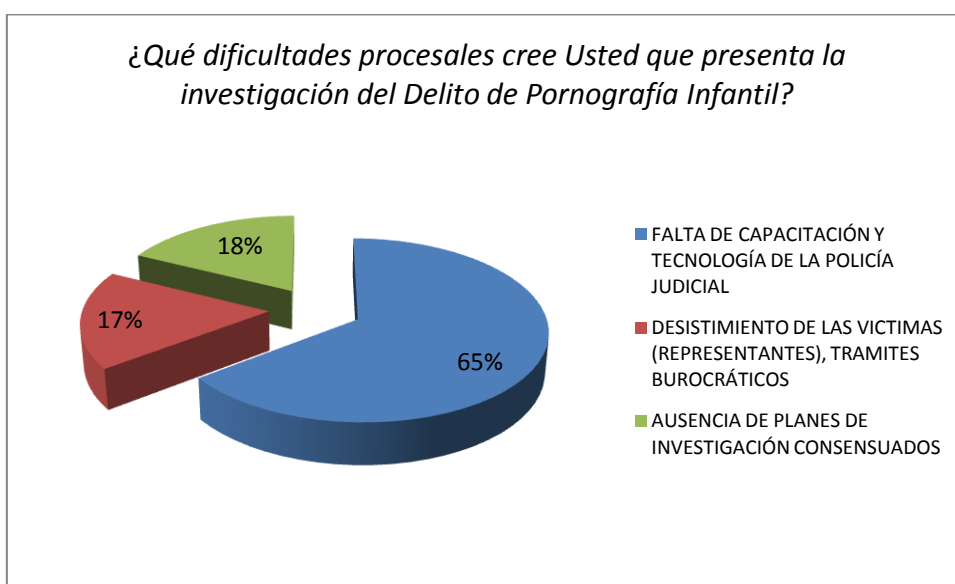
Para nuestra constatación empírica tomamos como muestra a las provincias con mayor número de noticias de delitos registradas por pornografía infantil, dentro del periodo comprendido entre el 2009 y el primer semestre del 2014. Así de las 216 noticias registradas en este lapso de tiempo, Guayas representa el 21,29% (46); Pichincha el 18,51% (40); El Oro 12,03% (26); y, Manabí con el 8,33% (18). Las Provincias seleccionadas representan el 60,18% del total nacional.

Decidimos generar una entrevista con preguntas abiertas a los fiscales de las Unidades de Delitos Sexuales de las cuatro provincias mencionadas, muestra que corresponde al 100% de los fiscales encargados de la investigación del tipo penal de pornografía infantil.

No	PROVINCIA	No FISCALES	No DENUNCIAS
1	GUAYAS	5	46
2	PICHINCHA	5	40
3	EL ORO	4	26
4	MANABI	3	18

**Fuente:** Elaboración a propia, a partir de los datos estadísticos proporcionados por la Dirección de Gestión y Actuación Procesal de la Fiscalía General del Estado

Se formuló un cuestionario de 9 preguntas abiertas, con la finalidad de obtener de los Fiscales la mayor información posible respecto de las dificultades que se presentan en la práctica investigativa de la pornografía infantil. Respecto de la primera pregunta: *¿Qué dificultades procesales cree Usted que presenta la investigación del Delito de Pornografía Infantil?*, se resumen en los siguientes indicadores:



**Fuente:** Elaboración propia

De la muestra seleccionada el 65% considera que la falta de capacitación así como los insumos tecnológicos, son la causa principal del nivel de impunidad del delito investigado; un 18%, en especial de la Provincias de Guayas y Pichincha, advierten la ausencia de planes de investigación consensuados; finalmente el trámite judicial (burocrático) desalienta la continuidad del proceso por parte de las víctimas y representantes.

La segunda pregunta del cuestionario fue encaminada para descubrir la percepción de los Fiscales respecto de su equipo técnico especializado de investigación: *¿Cree Usted que la Policía Judicial, se encuentra a la vanguardia tecnológica para la investigación de la Pornografía Infantil.*



El 100% de los entrevistados coinciden en que desafortunadamente la Policía Judicial no dispone de la capacitación y recursos tecnológicos para la investigación de varios delitos sexuales, en especial los producidos a través de medios cibernéticos.

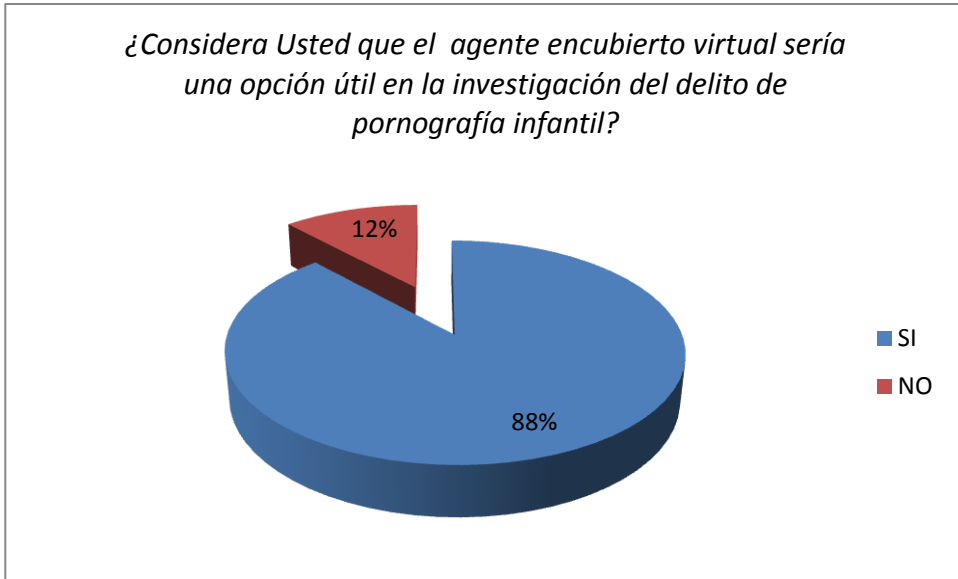
La tercera interrogante fue direccionada para conocer las destrezas investigativas que emplean los fiscales en el delito de pornografía infantil: *¿Qué diligencias judiciales considera Usted, que son imprescindibles para la investigación de la pornografía infantil?*

DILIGENCIA	FISCALES QUE LA EMPLEAN	PORCENTAJE
Testimonio urgente	4	23,52%
Investigación de IP	5	29,41%
Transcripción de audio y video	3	17,64%
Valoración Médico Legal	17	100%
Valoración Psicológica	17	100%
Valoración de entorno social	17	100%
Reconocimiento de Lugar	17	100%

**Fuente:** Elaboración propia

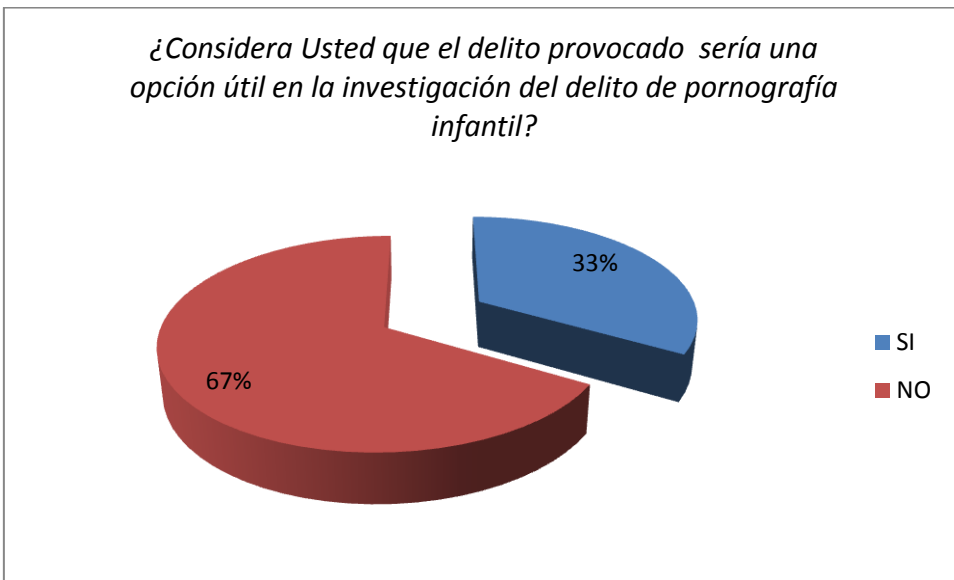
Es común en todas las personas entrevistadas, el requerimiento de las valoraciones médico legal, psicológica, entorno social y el reconocimiento del lugar de los hechos; no así aquellas diligencia propias del tipo penal, como es la investigación de IP; y, de alguna manera, como veremos más adelante, la transcripción de audio y video.

Las interrogantes cuarta y quinta, fueron direccionadas para argumentar las propuestas de nuestra investigación: *¿Considera Usted que el agente encubierto virtual sería una opción útil en la investigación del delito de pornografía infantil?; ¿Considera Usted que el delito provocado sería una opción útil en la investigación del delito de pornografía infantil?*



**Fuente:** Elaboración propia

El 88% de los entrevistados consideran que el agente virtual infiltrado sería una opción muy útil para la investigación de este delito. Más adelante abordaremos este tema, con mayor profundidad.

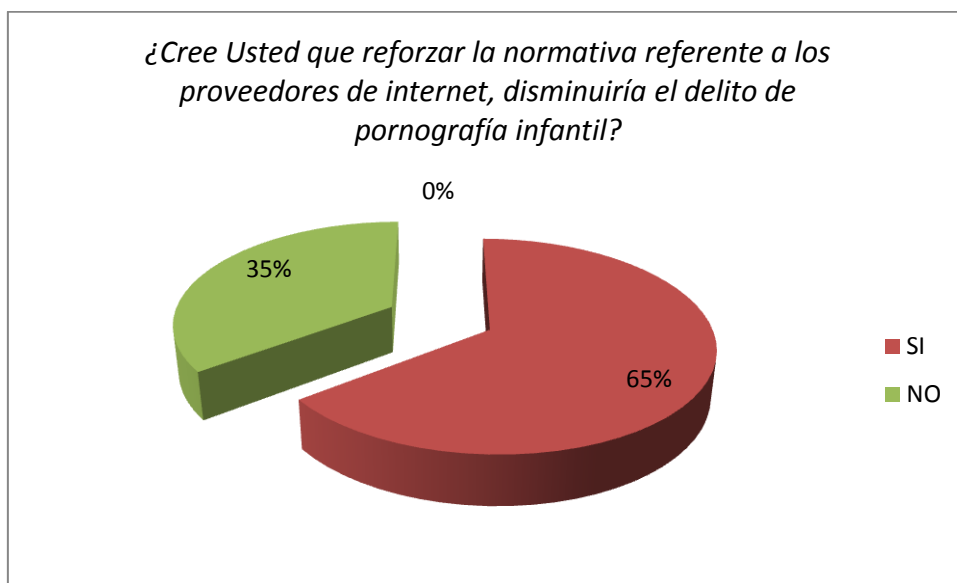


**Fuente:** Elaboración propia

Con un corte más garantista de los derechos del procesado, solo el 33% de los entrevistados consideran oportuno la generación de un delito provocado; se

presenta un debate ético sobre su aplicación. Al igual que la figura del agente infiltrado virtual, serán analizados con mayor detenimiento más adelante.

La pregunta seis, basada en una política criminal preventiva, pretende clarificar la responsabilidad de actores indirectos dentro del delito de pornografía infantil: *¿Cree Usted que reforzar la normativa referente a los proveedores de internet, disminuiría el delito de pornografía infantil?*

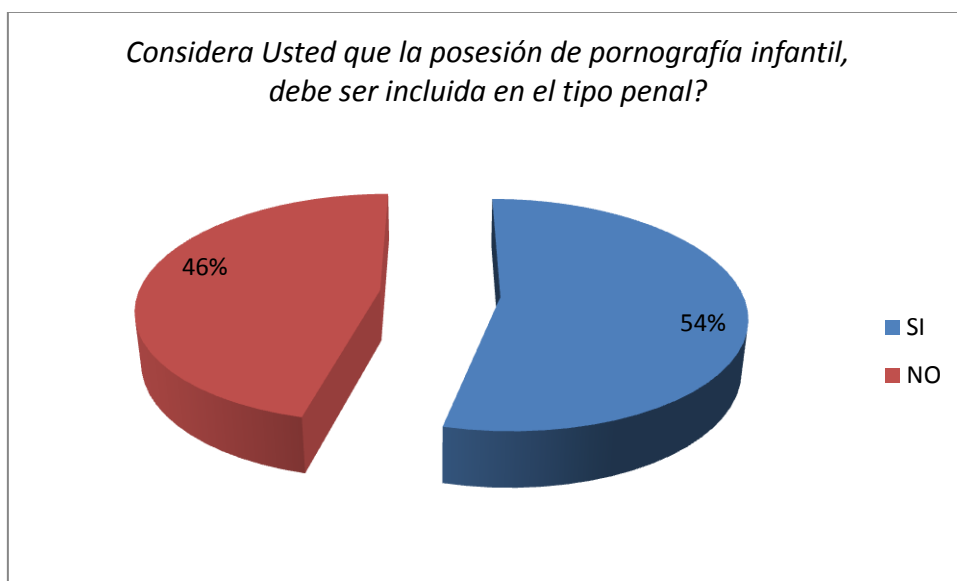


**Fuente:** Elaboración propia

Un 65% de los entrevistados opinan que el control de contenidos pornográficos (infantiles) por parte de los proveedores, disminuiría la generación de aquellos hechos; siempre y cuando exista una relación directa con los operadores de justicia y ciudadanía que puedan generar una suerte de alerta; lo anotado toda vez que la red constituye un mar de información que difícilmente puede ser reconocida en su totalidad. El 35% restante considera que estas acciones son de difícil ejecución y por tanto no aportarían nada a la prevención del delito.

Como hemos señalado en líneas anteriores, parte de la presente investigación fue realizada antes de la reforma del 2014, por lo que se incluyó como indicador la posesión de pornografía infantil; por tanto se realizó la

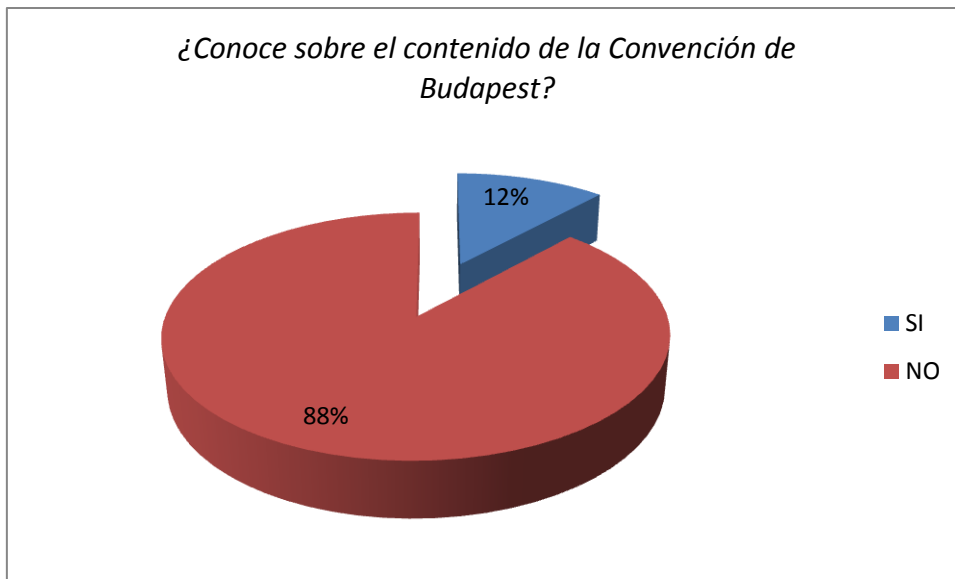
siguiente interrogante: *¿Considera Usted que la posesión de pornografía infantil, debe ser incluida en el tipo penal?*



**Fuente:** Elaboración propia

Esta pregunta causó un fuerte debate dentro de las unidades entrevistadas; por un lado se presentó el argumento del “fuero interno y gusto sexuales”; y, por otro lado el de la posible exteriorización de este deseo hacia una posible comercialización. Por esta razón el 54% de los entrevistados consideran que la posesión en cualquiera de sus formas debe ser penalizada; y, el otro 46% considera que la sola posesión para uso interno no debe ser sancionada.

Finalmente nuestras dos últimas interrogantes, fueron encaminadas a conocer si los fiscales conocen el contenido de la Convención de Budapest y si su reconocimiento, por parte del Estado ecuatoriano, mejoraría la calidad de las investigaciones de pornografía infantil.



**Fuente:** Elaboración propia

De las 17 personas entrevistadas solo dos (12%) personas conocían de la existencia de la Convención sobre Ciberdelincuencia, pero por hechos vinculados a otro tipo de ciberdelitos (propiedad intelectual, estafas por tarjetas de crédito); en general se presenta un desconocimiento total sobre este instrumento internacional.

De los resultados obtenidos en nuestra entrevista se pueden establecer las siguientes conclusiones:

La ausencia de capacitación de Fiscales y Policías Judiciales constituye una considerable limitante para la investigación, centrándose el proceso investigativo en diligencias comunes para todos los delitos. A criterio de los fiscales, la Policía Judicial no cuenta con el recurso tecnológico y capacitación suficiente para enfrentar este tipo trasfronterizo; pero debemos señalar que tampoco la Fiscalía General del Estado dispone de infraestructura especializada para indagar el delito de pornografía infantil virtual.

De otro lado el desconocimiento de la existencia de instrumentos jurídicos de carácter internacional referentes al delito investigado, es una constante en los

entrevistados. Si bien es cierto para un gran porcentaje de delitos, en particular delitos contra el patrimonio ciudadano (robo, hurto), personas y garantías (asesinatos, homicidios) y ciertos delitos sexuales (violación, trata de personas) cuentan con planes de investigación, para el caso de la pornografía infantil no se pudo verificar su especialidad. Cabe señalar también que en las provincias seleccionadas no existe unanimidad de criterios para la consecución de experticias específicas que requiere el tipo penal; inclusive se desconocían procedimientos doctrinarios o de derecho comparado incluidos en la reforma penal del 2014 (agente virtual encubierto, allanamiento virtual, etc.).

En cuanto a la responsabilidad de los proveedores del servicio de internet, los encuestados resaltan la pertinencia del control y supervisión como mecanismo preventivo.

Respeto de la penalización de la posesión de pornografía infantil, los resultados demuestran una dualidad de criterios que son reflejados en el actual debate dogmático abordado en nuestro primer capítulo.

Ciertamente los resultados obtenidos dan cuenta de que la ausencia de mecanismos jurídico – tecnológicos apropiados para enfrentar la pornografía infantil; la carencia de instrumentos tecnológicos (software), la falta de planes de investigación consensuados, escasez de capacitación especializada, dificultades en la cooperación internacional y fundamentalmente la resistencia a la innovación, son algunos de los indicadores a los cuales avocaremos, en forma de propuestas, en el siguiente apartado.

### **2.3. Actualidad y tendencias para la investigación y tratamiento del delito de pornografía infantil**

El barrido bibliográfico expuesto nos ha permitido visualizar los avances legislativos nacionales e internacionales empleados para combatir la pornografía infantil; en este segmento de nuestra investigación, pretendemos adentrarnos en las nuevas formas de investigación, sus modalidades y recomendaciones prácticas.

#### **2.3.1. Métodos de distribución de pornografía infantil en internet**

El Sistema de Justicia Norteamericano ha trabajado mucho sobre las categorías que el delito de pornografía infantil escribe en su actuar; por ello a continuación exponemos los mecanismos o espacios virtuales sobre los cuales se desarrolla esta actividad.

#### **Páginas y sitios web**

Los sitios web constituyen un servicio de transmisión y presentación de documentos de hipertexto, gracias al cual una persona puede acceder, en cuestión de segundos, a una información que se encuentra a miles de kilómetros de su ubicación.<sup>72</sup>

La obtención de pornografía infantil a través del servicio web constituye un paso relativamente sencillo, en tanto basta únicamente localizar la ubicación en el ciberespacio de la página en cuestión, algo bastante simple ya que, si se desconoce, podría acudir a cualquier buscador e introducir palabras clave relacionadas con la naturaleza del material, obteniendo de manera rápida la dirección necesaria para visualizar el contenido.

Ya estando en la página, pueden darse varias opciones para la descarga del contenido, siendo la más común, el pago de una cantidad de dinero, que se lo hace

---

<sup>72</sup> David Lorenzo Morillas Fernández, *op. cit.*, pp. 81-91.

a través de una tarjeta de crédito. Existen páginas en las que te ofertan, por una cierta cantidad de dinero, enviar con cierta regularidad videos, fotografías, etc., a una cuenta de correo electrónico que el usuario determine.

Evidentemente esta forma de descargar pornografía infantil, ya no es usualmente utilizada, ya que con los números de tarjeta de crédito o con el correo electrónico se torna sencillo la identificación de quien accedió a dicha página web y por tanto se pierden aquellas ventajas que hacen atractiva la descarga de pornografía infantil a través de internet: rapidez, eficacia y anonimato.

En definitiva ejercer control de las páginas web con contenido pornográfico es muy complicado toda vez que al ser un sistema descentralizado, al momento en que se bloquea un acceso, otros tantos se abren de manera inmediata.

### **Cámaras web**

Las imágenes de pornografía infantil pueden ser transmitidas en tiempo real, a través de cámaras insertas o añadidas a las computadoras; a través de este mecanismo los usuarios pueden observar en vivo las actividades sexuales con el menor y por el pago de un valor adicional, inclusive pueden manifestar cual es el comportamiento que quieren observar.

### **E-mail**

Archivos adjuntos de correo electrónico se utilizan a veces por los distribuidores profesionales de pornografía infantil, no obstante este medio no es tan utilizado actualmente por los distribuidores de pornografía por el riesgo que representa ya que del otro lado del mail puede estar un policía encubierto tras la figura de un pedófilo e incluso de una potencial víctima. Más bien este medio es frecuentemente utilizado por pedófilos quienes a través de éste intercambian fotografías y videos de material pornográfico para su uso.



## **E-groups**

Es un servicio que permite a la comunidad pedófila acceder a nuevos grupos en donde se comparten imágenes de pornografía infantil. Estos sitios ofertan a sus posibles clientes una total discreción y anonimato desde el momento de la suscripción, y aunque se solicita ciertos datos de la persona, lo más común es que los usuarios provean datos falsos para resguardar aún más su identidad.

## **Nuevos grupos**

Son grupos de noticias específicos de pornografía infantil cuyos creadores ofrecen a sus miembros un foro para hablar de sus intereses sexuales en los niños e intercambiar material pornográfico. Este es uno de los principales métodos de distribución de pornografía infantil. La mayoría de los servidores comerciales bloquean el acceso a tales sitios.

## **Chat rooms**

Son espacios de conversaciones entre quienes gustan de la pornografía infantil y donde se intercambian datos como imágenes, videos e incluso información sobre potenciales víctimas para este delito. Evidentemente por las precauciones que toman estos grupos, es normal encontrar una solicitud de contraseña, ya que tratan de evitar que se infiltren en sus grupos agentes encubiertos.

## **Peer to peer (p2p)**

Redes P2P facilitan el intercambio de archivos entre los usuarios de pornografía infantil. Estas redes permiten a grupos cerrados difundir imágenes. La red trabaja mediante servidores que son los encargados de interconectar a los usuarios entre sí. El e-mule por ejemplo, se basa en una red de intercambio de

archivos donde lo que uno baja, es lo que otros comparten o viceversa y así sucesivamente.<sup>73</sup>

Su utilización resulta igualmente sencilla ya que con la sola instalación de un software de la aplicación correspondiente, basta con introducir palabras relacionadas con el material buscado y aparece en pantalla las diversas posibilidades de descarga, es decir, un proceso similar a la descarga de un fichero de música o vídeo pero con la particularidad del contenido ilícito.

Pensemos en un ejemplo para entenderlo mejor: Una persona descarga a su computador un programa para acceder a estos archivos (e-mule), luego ingresa en el cuadro de búsqueda el tema relacionado que pretende acceder (pornografía infantil) para lo cual ingresa una palabra que tenga relación (niña desnuda, nena, etc.), inmediatamente el sistema busca entre los archivos de todos los usuarios conectados en la carpeta “my shared folder” proporcionando una lista de todos los archivos con dicho nombre, mostrando el número de megas, si se trata de audio o video, tiempo de descarga, etc. El usuario escoge de entre la lista desplegada y oprime la tecla descargar (download); una vez terminada la descarga el archivo se sitúa en la carpeta “my shared folder” del nuevo usuario, permitiendo que otras personas puedan acceder a ella mediante este proceso. Si el usuario desea que otros no vean dichos archivos, tendrá que guardarlos en otra carpeta o descargarlo en otro dispositivo.

Este procedimiento constituye la principal forma de adquisición de pornografía infantil en la actualidad ya que dificulta mucho la detección de quien provee el material en razón de que no existe un servidor central sino que todos los usuarios actúan como servidor y cliente al mismo tiempo. E inclusive detectando

---

<sup>73</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 71.

de qué computador se realiza la descarga, no se puede determinar con exactitud la identificación del responsable en aquellos casos en que varias personas comparten un mismo ordenador o que la acción se la haya realizado en un cibercafé.

En materia de comunidades virtuales pedófilas, éstas son mucho más impenetrables, y sus miembros utilizan tecnología para su anonimato, codificación y para la eliminación de rastros que evidentemente requieren de otras estrategia de investigación. Las conexiones entre las redes de crimen organizado y los piratas informáticos configuran un tipo de delincuencia cuya respuesta policial es un continuo reto de actualidad tecnológica.<sup>74</sup>

### **2.3.2. Vías de investigación**

De acuerdo a lo hasta aquí mencionado resulta indudable que los medios de investigación tradicionales son insuficientes para enfrentar esta grave problemática del delito de pornografía infantil. Es por esto que en este apartado analizaremos varias vías de investigación que deben ser puestas en práctica por los fiscales de las unidades respectivas, en razón de que algunas de ellas ya fueron incorporadas en el Código Orgánico Integral Penal. Si bien no se las estableció de manera específica para investigar delitos realizados través de las tecnologías de la información y comunicación, consisten en herramientas que viabilizan este tipo de investigación.

---

<sup>74</sup> Antonio López, *La Investigación Policial en Internet; estructuras de cooperación internacional*, Revista de Internet, Derecho y Política, Monográfico, III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas, Barcelona, 2007, 71, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2372614>, visitada el 14 de agosto del 2014.

## **Agente virtual encubierto**

El agente encubierto en internet es un empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en la red con el fin de obtener información sobre autores de determinadas prácticas ilícitas producidas a través de internet y que causen una gran repulsión y alarma a nivel social. Su función consistiría en la ocultación de la verdadera identidad oficial, con el fin de establecer una relación de confianza que le permita integrarse, durante un periodo de tiempo prolongado, en el mundo en el que se desarrollan los actos relacionados con la pornografía infantil a través de internet, con la finalidad de obtener información.<sup>75</sup>

Como manifestamos anteriormente, el Código Orgánico Integral Penal inserta por primera vez en el país la figura del agente encubierto; se encuentra plasmado dentro del capítulo referente a las Técnicas Especiales de Investigación. Así el artículo 483 establece que dentro de una investigación y de manera excepcional, se podrá planificar y ejecutar, con el personal del Sistema especializado integral de investigación, una operación encubierta, autorizando a sus agentes a involucrarse en organizaciones delictuales, con la finalidad de obtener información, elementos de convicción y evidencia útil con fines investigativos. Se acentúa el hecho de la exención de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir.

Debido a la repulsión social y al aumento de controles en la red, los pederastas son cada vez más cautos a la hora de intercambiar material en el

---

<sup>75</sup> Uriarte Valiente manifiesta que La figura del agente encubierto viene a constituir una interesantísima herramienta a disposición de la persecución del delito, ya que facilita tal acercamiento del investigador al ilícito penal, que en definitiva permite su investigación desde dentro, circunstancia ésta que, por lo que a los delitos relacionados con la pornografía infantil se requiere, se revela como fundamental y determinante para la obtención de resultados... Luis Uriarte Valiente, *Delitos relativos a la pornografía infantil y corrupción de menores*. Centro de Estudios Jurídicos, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 225.

internet, lo que produce que los rastreos a través de la red se vuelvan ineficaces. Como hemos señalado en líneas anteriores, el reto de la tecnología es también adelantarse a los mecanismos fraudulentos que invaden el ciberespacio.<sup>76</sup>

Nuestra legislación no posee una reglamentación general ni específica sobre las capacidades, cualidades y modo de operar del agente encubierto y menos aún sobre el modo de proceder en delitos cibernéticos. Al respecto, la doctrina considera que dentro de las cualidades que debe adoptar un agente cibernauta están las de empatía, confidencialidad, discreción o la autonomía personal para la toma de decisiones, adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos; y, en especial un alto y actualizado conocimiento en materia informática forense.<sup>77</sup>

En cuanto al procedimiento el artículo 484 del Código Orgánico Integral Penal, establece las siguientes reglas:

1. La operación encubierta será dirigida por la unidad especializada de la Fiscalía. Podrá solicitarse por el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, entregando a la o al fiscal los antecedentes necesarios que la justifiquen.
2. La autorización de la o el fiscal deberá ser fundamentada y responderá al principio de necesidad para la investigación, se deberá imponer limitaciones de tiempo y controles que sean de utilidad para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.
3. En ningún caso será permitido al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados.
4. La identidad otorgada al agente encubierto será mantenida durante la versión que se presente en el proceso. La autorización para utilizar la identidad no podrá extenderse por un período superior a dos años, prorrogable por dos años más mediante debida justificación.
5. De ser necesario en el caso concreto investigado, todo agente encubierto tendrá las mismas protecciones que los testigos.
6. Las versiones del agente encubierto servirán como elementos de convicción dentro de la investigación.
7. En caso de realizar diligencias que requieran autorización judicial, la o el Fiscal las solicitará al juzgador competente por cualquier medio, guardando la debida reserva.

---

<sup>76</sup> Un ejemplo innovador es el sistema informático “Gnuwatch”, una especie de GPS, que rastrea geográficamente millones de conexiones en las que se proyecta contenido pornográfico infantil. Información disponible en: <http://www.kriptopolis.org/gnuwatch>, visitada el 07 de mayo del 2014.

<sup>77</sup> Federico Bueno de Mata, *El Agente Encubierto en Internet*, en: [http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9179/1/comunicacions\\_01\\_Bueno\\_de\\_Mata\\_295-306.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9179/1/comunicacions_01_Bueno_de_Mata_295-306.pdf), visitado 20 de noviembre de 2014.

8. Los elementos de convicción obtenidos por agentes encubiertos no autorizados carecen de todo valor.

En esencia el procedimiento a seguir, en el caso de pornografía infantil, se basa en tres aspectos: autorización y otorgamiento de una identidad falsa, la utilización del engaño como *modus operandi*, y la actuación dentro de lo permitido por una autorización judicial; en el caso del Ecuador ésta se encuentra legitimada por una delegación fiscal, específicamente por la Unidad de Delitos contra la Integridad Sexual.

Para llegar a acordar la infiltración en un caso concreto se deben cumplir una serie de requisitos respecto al entorno virtual donde se va a producir. En este caso serían los mismos requisitos que se dan para la infiltración en el ámbito físico: una existencia de indicios suficientes de que se pueda estar cometiendo un delito de pornografía infantil, que la medida sea idónea para perseguir ese fin, y que sea necesaria. Por supuesto, la medida a tomar debe estar suficientemente motivada amparándose en las reglas establecidas anteriormente.

La disyuntiva ética para legitimar la participación de un agente encubierto, ha quedado resuelta con la inclusión de esta figura dentro del Código Orgánico Integral Penal; para el caso específico de la pornografía infantil, se convierte en un elemento de investigación imprescindible debido sobre todo a la dificultad de rastreo y clandestinidad de la información.

### **Delito provocado**

Existe delito provocado cuando la voluntad de delinquir no surge por la propia voluntad del sujeto activo del delito, sino por la actividad de otra persona, que normalmente es un agente de la fuerza pública<sup>78</sup>. No es fácil establecer cuál es el punto límite entre el agente infiltrado o el agente provocador pero el criterio

---

<sup>78</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 227.

más eficaz es determinar si el comportamiento delictivo tiene como origen la acción del agente o si por el contrario ya existía la voluntad decidida de delinquir.

En las investigaciones policiales sobre pornografía infantil pueden darse actuaciones que, tendentes a hacer aflorar el delito, lleguen a provocarlo.<sup>79</sup>

El entrapment, término anglosajón, ha sido desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, específicamente relacionado con el delito de pornografía infantil. En el caso *Jacobson vs. United States*, se establecieron las bases de su aplicación: en el celo para aplicar la Ley, la autoridad y sus agentes no pueden hacer nacer un designio criminal, implantar en la mente de una persona inocente la decisión de cometer un acto criminal y entonces instigar la comisión del delito a fin de que la autoridad pueda perseguirlo.<sup>80</sup>

Es importante que se tenga claro, que la legislación ecuatoriana permite la utilización del agente encubierto para la investigación de delitos, y por tanto, el libre desenvolvimiento de las bandas, o posibles delincuentes, se encuentra intacto, en razón de que el agente encubierto se limita a identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

Bajo ningún concepto nuestra legislación permite la utilización de un agente provocador e incluso expresamente prohíbe al agente encubierto, que dentro de su proceso de investigación, impulse delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados (artículo 484 N° 3); esto por cuanto tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores de un estado democrático y de

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 226.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 228.

derechos, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad.<sup>81</sup>

Ahora bien, no resulta fácil establecer el límite existente entre el agente encubierto y el agente provocador, pensemos en un ejemplo para entenderlo mejor: Hace poco más de un año, a través de los medios de comunicación social<sup>82</sup>, se conoció mundialmente que la ONG “Terre des Hommes” creó una animación virtual que imitaba a una niña filipina de 10 años (Sweetie), con el objeto de evidenciar el alcance de los pedófilos a través de la red. Es así que en menos de dos meses se identificó a más de 1.000 sospechosos (de 20.000 hombres que hicieron contacto con ella) de querer entablar acciones de naturaleza sexual con dicha animación (pensando que se trataba de una niña real) e incluso una persona de nacionalidad australiana fue condenada por el delito de pedofilia.

Centrándonos en lo que es relevante para este apartado y dejando de lado el hecho de que no se trataba de una operación oficial en la participó miembros de la fuerza pública, ¿podemos considerar esta operación como la de un agente encubierto o un agente provocador? Siendo conscientes de que existirán posiciones contrarias, consideramos que en el ejemplo propuesto se trataría de un agente encubierto, puesto que la voluntad de delinquir de las personas que hicieron contacto con Sweetie era anterior a la acción del agente, y si no era Sweetie hubiera podido ser cualquier menor real que se encontrara en la red .

### **Investigación de IP**

Las IP (protocolo de internet) son claves que se le asigna a cada usuario que se conecta a la red. Esta asignación la realiza los llamados proveedores de

---

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 227.

<sup>82</sup> Disponible en <http://www.abc.es/sociedad/20131105/abci-pedofilos-nina-virtual-201311051015.html>, visitada el 21 de diciembre de 2014.



internet quienes tienen a su haber varias claves las que asignan a cada uno de los usuarios cuando se conecta al internet. Actualmente a la mayoría de usuarios se les asignan direcciones IP dinámicas, las cuales son otorgadas solo por el tiempo en que la persona está en la red. Desde el momento en que un usuario se desconecta del internet, esta clave queda disponible y puede ser asignada a otro usuario que acceda a la red.

De lo descrito en estas líneas resulta evidente que la información de la dirección IP es de suma importancia al momento de la investigación de un delito de pornografía infantil, ya que a través de esta dirección se puede obtener los datos del ordenador a través del cual se accedió a la línea y a páginas con contenido ilícito. Esta dirección IP sería como las huellas digitales de un delito tradicional, ya que, a pesar de que en un momento dado pueden estar conectados a la red más de 4.000 millones de equipos, todos son identificables puesto que no hay dos ordenadores conectados a internet con el mismo número identificador.

Ahora bien, como manifestamos en el apartado anterior, el problema se suscita cuando existen varias personas que comparten un mismo ordenador, ya que resulta complicado individualizar a la persona que, en el momento en que se dio el ilícito, estuvo conectada al internet, para lo cual será necesario otros medios de investigación que permitan dicha identificación.

Otro problema se presenta cuando la descarga de archivos con contenido pornográfico infantil se lo realiza a través de los sistemas p2p en razón de que los usuarios de dichos sistemas son al mismo tiempo servidor y cliente. No obstante, la Policía Especializada de España y Estados Unidos han desarrollado herramientas informáticas de localización de ficheros con imágenes de pornografía infantil (P2P); éstas aplicaciones HISPALIS y NAUTILUS, permiten

identificar las IP mediante las cuales se están compartiendo archivos con contenido de pornografía infantil.<sup>83</sup>

El Código Orgánico Integral Penal, cuando todavía estaba en proyecto<sup>84</sup>, contenía una disposición que obligaba a los proveedores de servicios informáticos a conservar los datos sobre el tráfico y la vía de comunicación por un tiempo mínimo de seis meses, a fin de poder realizar las investigaciones correspondientes. Sin embargo, en las discusiones finales, se determinó que esto atentaba contra el derecho a la intimidad y por tanto se lo eliminó del procedimiento, manteniéndose la posibilidad de interceptar estos datos, únicamente cuando existan indicios del cometimiento de un delito, a través de la red. (Art. 476 COIP)

La doctrina sigue debatiendo si es necesaria una orden judicial para obtener la ubicación y descripción de las IP; puesto que cuando el usuario utiliza programas que hacen pública su descripción en la red, esto se convierte en información accesible a todos; en el caso ecuatoriano, en razón de que esta acción o medida afecta derechos, debe ser avalada por un Juez de Garantías Penales (Art. 476 COIP), e incluso, quien realice una interceptación sin orden de autoridad competente, comete un delito sancionado con pena privativa de la libertad de 3 a 5 años (Art. 230 COIP).

Consideramos acertada la posición adoptada por los legisladores a la hora de regular estos medios de investigación puesto que el permitir a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que conserven información tan personal sobre los usuarios, evidentemente podría traducirse en una transgresión al derecho a la intimidad, tanto más que en la actualidad hemos sido testigos de la vulnerabilidad de los mecanismos de seguridad informática. El interceptar la información de IP

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 231.

<sup>84</sup> La versión de mayo de 2013 en su artículo 519 contenía dicha disposición.

solo puede ser dispuesto por una Juez de Garantías Penales, y cuando existan razones suficientemente fuertes como para restringir el derecho fundamental a la intimidad. Evidentemente al ser una medida tan invasiva su adopción deberá estar debidamente motivada.

### **El Hash**

Cada fichero informático contiene una forma digital o valor hash que lo identifica, lo hace único, independientemente del nombre del fichero, lo que permite comprobar qué usuarios comparten dicho archivo, incluyendo la dirección IP de conexión y el nombre con el cual se almacena el archivo. La función de hash combinada con la utilización de buscadores especiales, facilitan las investigaciones de difusión a través de programas P2P (ej. Emule, Ares, Mi Pony, Jdownloader). El hash es equivalente a la identificación por ADN.<sup>85</sup>

### **Informática forense**

Si bien en las investigaciones de delitos de pornografía infantil, las pesquisas preliminares o iniciales se las hace a través de la red, una vez que se tenga identificado el lugar en donde se esté descargando, transmitiendo o distribuyendo material pornográfico infantil, es de capital importancia acceder físicamente a los ordenadores o cualquier dispositivo (cámaras de video, teléfonos celulares, discos duros externos, tablet's, cd's, dvd's etc.) a través de los cuales se está desarrollando esta actividad.

Lo trascendental de acceder físicamente a los dispositivos se da en razón de que estos elementos nos permitirá obtener importante elementos de convicción para formular cargos y tener una posible acusación debidamente sustentada. Es

---

<sup>85</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p 252.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 231.

evidente que a la mínima sospecha de que se lo ha detectado, un autor del delito de pornografía infantil, tratará de eliminar cualquier rastro o señal de la comisión del delito por tanto es importante actuar con eficacia y eficiencia a la hora de buscar aquellos elementos de convicción.

La informática forense es una herramienta que nos permite explorar y analizar la información contenida en los dispositivos electrónicos sin manipularlos, alterarlos o destruirlos, situación que puede ser perjudicial a la hora de presentar dicha evidencia frente al tribunal para su valoración. Si existe el más mínimo resquicio de que la evidencia guardada en los ordenadores ha sido alterada o manipulada, lógicamente el juzgador tendrá que excluirla de las pruebas válidas y muy posiblemente un caso en inicio fuerte puede derrumbárenos y por tanto dejar en impunidad este delito.

El Fiscal, una vez que tenga los indicios que le permitan presumir que desde un lugar determinado se está distribuyendo pornografía infantil a través de medios informáticos, deberá inmediatamente y de manera motivada, solicitar al juez, la orden de allanamiento e incautación de los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al delito de pornografía infantil. (Art. 480 N°5)

De igual manera el juez deberá autorizar la interceptación y registro de datos informáticos, por un tiempo no mayor de 90 días, cuando el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes de este delito (Art. 476 N°4 COIP).

Una vez obtenido los medios materiales de la infracción, el juez debe emitir una nueva orden, para que se proceda al reconocimiento de los vídeos, datos informáticos, fotografías, discos y en general la extracción de la información

de cualquier medio análogo o digital obtenido en las diligencias anteriormente señaladas, a fin de proceder a examinar el contenido de estos archivos y obtener los elementos de convicción necesarios para el proceso (Art. 477 COIP).

### **2.3.3. Cooperación internacional**

Por último, debemos analizar lo que a nuestro entender es la herramienta más importante para la investigación de los delitos de pornografía infantil a través de internet, y también para poder aplicar la ley. Consideramos que la cooperación internacional es la piedra angular en cualquier investigación por un delito realizado a través de la red y específicamente para el delito de pornografía infantil. Como hemos resaltado a lo largo de este trabajo, el delito de pornografía infantil es un delito que elimina cualquier tipo de frontera, no reconoce espacio físico, no tiene un lugar específico de donde se actúa y, sobre todo, sus efectos pueden producirse y afectar en y a un sinnúmero de países en un mismo momento.

Es por esto, que las estrategias para hacerle frente al cometimiento de este delito, debe encuadrarse en los mismos parámetros en los que la delincuencia actúa. No podemos esperar resolver sancionar un delito que ha traspasado cualquier tipo de frontera con políticas y acciones intrafronterizas, no podemos esperar ser eficientes en la lucha contra este tipo de delitos internacionales con respuestas nacionales.

El Ecuador adoptó el compromiso en materia de cooperación con la suscripción del 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, y si bien ha honrado varios de los compromisos ahí asumidos, consideramos que falta mucho en materia de cooperación.

En efecto, en el artículo 10 del protocolo se determina que los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para fortalecer la cooperación internacional mediante acuerdos para la detección, investigación, procesamiento y sanción a los responsables de delitos de pornografía infantil. En este sentido, lo óptimo sería lograr acuerdos multilaterales que involucren la mayor cantidad de Estados posibles, no obstante, como manifestamos en líneas anteriores, flexibilizar el pensamiento actual que se tiene de soberanía resulta aún un tema álgido en este tipo de acuerdos.

Consideramos que para iniciar correctamente cualquier tipo de cooperación es importante primero que los países logren fortalecer internamente sus sistemas de intercambio de información. Es relevante que en cada institución involucrada en la prevención o juzgamiento de esta clase de delitos, la información fluya de manera eficaz y eficiente. Para aquello es importante eliminar ciertos formulismos que no hacen más que contribuir a una burocracia sin sentido.

Resulta lógico que para poder cooperar eficazmente en el ámbito internacional, primero se deben arreglar las cosas al interior de cada país, con el objetivo de lograr una información clara, precisa y veraz que contribuya eficientemente a la persecución de este delito y no por el contrario que entorpezca la investigación por ser datos anacrónicos o alejados por completo de la realidad.

De igual manera a nivel internacional sería adecuado que la información fluya de manera eficaz, sin que se encuentre atada a formalismos rigurosos que lo único que hacen es retardar injustificadamente los procesos de investigación que por la naturaleza de estos delitos no aceptan más dilaciones innecesarias para su juzgamiento y sanción. Es necesario establecer procedimientos claros y sencillos

que permitan un intercambio de información urgente que coadyuve eficazmente a la persecución de este delito.

En ese sentido nos parece importante establecer un banco de datos internacional que contenga la información necesaria de aquellas personas que han sido sentenciadas por el delito de pornografía infantil, de aquellas que por estar prófugas no se ha podido realizar su juzgamiento, de aquellas contra las cuales exista orden de prisión, y también de aquellas que han sido víctimas de este delito y que lo único que buscan es que sus imágenes puedan ser eliminadas por completo de la red.

Es necesario también, que los países logren crear unidades especiales para la persecución de estos delitos ya que como hemos manifestado a lo largo de nuestra investigación, los métodos tradicionales resultan insuficientes para hacerle frente a esta problemática. Evidentemente no se trata de crear una unidad especializada y dejarla a su suerte, es necesario dotarla de la infraestructura tecnológica necesaria para no estar por detrás de las organizaciones criminales y actualizarla con el mismo dinamismo con el que evoluciona la red.

Díaz Gómez, distingue dos vías de cooperación internacional policial: la realizada a través de convenios internacionales y la que se sustancia mediante organizaciones internacionales ya consolidadas como Interpol. La primera vía, caracterizada por los convenios bilaterales entre Estados, es de acción limitada por su inevitable confinamiento a la negociación particular entre muy pocos países. En cuanto a la segunda, hemos destacado la organización internacional Interpol, cuyo ámbito de acción es prácticamente universal, abarcando hasta 188 miembros. Sus objetivos son el desarrollo de asistencia recíproca entre las autoridades de los

diferentes países y el establecimiento de instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común.<sup>86</sup>

### **Elementos de la cooperación internacional para combatir la pornografía infantil**

Díaz Gómez reconoce ocho elementos, como los indispensables para una exitosa cooperación internacional en materia de pornografía infantil virtual.<sup>87</sup>

- 1. Pensamiento universal.** Para la consecución de los fines que le son propios, la cooperación internacional debe ser, lo más extensa posible; instando al mayor número de Estados a colaborar en la prevención y penalización de estos delitos transnacionales.
- 2. Límites formales a la cooperación.** La armonización de las normas sustantivas y/o procesales no puede ni debe hacerse a cualquier precio. En este sentido distinguimos en primer lugar el necesario respeto a las normas y tradiciones propias de los Estados y en segundo lugar el respeto a los Tratados Internacionales.
- 3. Límites materiales a la cooperación.-** La cooperación internacional debe salvaguardar aquellos principios inherentes al derecho penal: principio de oportunidad,<sup>88</sup> principio de mínima intervención, principio de non bis in ídem, principio de culpabilidad, principio de humanidad de las penas, principio de legalidad, etc.
- 4. Cooperación a todos los niveles.** Para la prevención y represión del delito informático es necesaria la participación de todos los sectores de la sociedad. No basta tan sólo con los propios gobiernos o administraciones.

---

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 188.

<sup>87</sup> Andrés Díaz Gómez, *El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución*: El Convenio de Budapest, REDUR 8, 2010, p. 193.

<sup>88</sup> El artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal expresamente prohíbe la aplicación del principio de oportunidad en aquellos delitos contra la integridad sexual, por tanto bajo ningún concepto podría aplicarse el principio de oportunidad en el delito de pornografía infantil.



Se requiere la presencia de Organizaciones Internacionales, asociaciones, expertos, empresas, etc. En definitiva, es tarea tanto el sector privado como el público, los cuales deben trabajar conjuntamente en aras de resolver problemas que afectan a todos ellos.<sup>89</sup>

5. **Regulación coherente y homogénea.** La técnica legislativa aconseja el cuidado en los aspectos formales de una Ley: no contradicción, complitud, estructuración sistemática, lógica normativa, etc. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta una vez más el carácter especial del tipo de delito en mención.
6. **Respuesta a todos los problemas.** Las inevitables interconexiones existentes en nuestro espacio de análisis no permiten una respuesta parcial. La lógica nos dice que es inexcusable la regulación afín de todos los tipos penales y análogamente de los mecanismos procesales de persecución; la regulación debe tratar de responder a todas las cuestiones planteadas.<sup>90</sup>
7. **Transversalidad.** De lo expuesto hasta ahora observamos que la pornografía infantil posee un carácter interdisciplinar mucho mayor del que se piensa. Es por ello que una adecuada ordenación de dichos delitos requiere prestar también atención al resto del ordenamiento jurídico a efectos de mejor conexión y de evitar contradicciones. Así, se plantea la posibilidad de una regulación conjunta de alguno de los problemas que afectan a varios tipos penales conexos.
8. **Negociación.** Se ha visto que la experiencia histórica sitúa los grandes progresos de regulación en materia ciberdelictual en la Unión Europea y Estados Unidos. En particular la Convención de Budapest, es la muestra

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 194.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 194.

más genuina y actual de las nuevas tendencias de investigación y de política criminal, respecto de los delitos cometidos por medios informáticos.

## CONCLUSIONES

Existen varias definiciones de pornografía infantil, tanto en la doctrina como en los instrumentos internacionales, por lo que es sumamente importante dejar sentada nuestra definición: pornografía infantil, es toda representación visual de índole sexual, de menores de edad, con la finalidad de producirla, ofertarla, difundirla, adquirirla o poseerla por cualquier medio.

No obstante como ha se evidenciado a lo largo de nuestro trabajo de investigación, si bien todavía podemos encontrar pornografía infantil impresa, el mayor problema que se presenta en la actualidad es que el internet ha cambiado radicalmente la forma en que ésta se reproduce y se distribuye, lo cual, ha derivado en un incremento masivo de la disponibilidad, la accesibilidad y el volumen de pornografía infantil. Lo que antes era una actividad secreta de pocas personas, en la actualidad este mercado ha crecido de manera inusitada gracias a la facilidad de intercambio de archivos y el anonimato para los usuarios. En ese sentido es necesario que nuestra definición se adapte a la evolución de los mecanismos con los que se comete este delito, que como hemos manifestado, en su mayoría se lo realiza a través de las tecnologías de la información y comunicación (TIC`s). Luego, nuestra definición de pornografía infantil a través de internet es: toda representación visual real de índole sexual, de menores de edad, a través de un sistema informático, con la finalidad de producirla, ofertarla, difundirla, adquirirla o poseerla.

Los instrumentos internacionales han sido muy abarcativos a la hora de definir a la pornografía infantil, incluyendo varios verbos rectores y sobre todo elementos que considero sobrepasan el nivel de protección que se debería dar con la tipificación de este delito. Establecer que debe sancionarse la pornografía

virtual, técnica o simulada, es aceptar que se pueden castigar conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos protegidos. Como manifestamos a lo largo de nuestra investigación en este tipo de pornografía no se utiliza a menores de edad y por tanto no se transgrede ningún bien jurídico; sería como tipificar como delito el porte de un arma de juguete.

Existe un gran debate frente a la penalización de la posesión para uso personal de pornografía infantil; por un lado están quienes ven absurdo su penalización en razón de no existir un real daño a un bien jurídico protegido o por que con su penalización no se logra el fin preventivo de la pena y por otro quienes consideran que como el último eslabón en la cadena de este delito debe ser sancionada; ya que sólo de esta manera se podría reducir la demanda y por tanto la oferta. Mi posición personal es que la posesión de pornografía infantil debe ser sancionada; considero que mientras exista demanda, la oferta no se eliminará, y mientras se necesite ofertar, se necesitará de un niño, niña o adolescente quien será víctima de este delito.

En la actualidad se está debatiendo acerca del bien jurídico que se transgrede con el cometimiento del delito de pornografía infantil. No obstante, es casi unánime la postura que establece que en el caso de pornografía con menores de edad el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, entendida esta como el normal desarrollo de la personalidad, para poder elegir en libertad sobre su propia sexualidad. Adicionalmente se debe tener claro que si bien la indemnidad sexual es el bien jurídico de este delito, también se protege otros bienes como la dignidad humana el buen nombre, la intimidad, etc., es decir, se trata de un delito pluriofensivo.

Cuando no existe asimetría de edad entre el menor poseedor y los menores representados en el material pornográfico, no podría decirse que existe una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente una acción pedófila, por lo que antes de adelantar un proceso contra un menor por el delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores.

Tampoco ha sido unánime la fijación de una edad a partir de la cual se pueda entender penalmente relevante el material pornográfico, y cada legislación la ha fijado de acuerdo a distintas circunstancias, lo que complica la aplicación de la ley para a esta clase de delitos ya que lo que en un país puede constituir delito, en otros no puede serlo en razón de la edad de quien participa en el material pornográfico. Es por esto que considero de suma importancia la creación de acuerdos multilaterales que abarque la mayor cantidad de países y que se establezca una tipificación uniforme, con el objetivo de evitar desigualdades y evitar paraísos delictivos, es decir, que no se burle a la justicia, por el solo hecho de cruzar la frontera de un país.

Es indudable el aporte que puede brindar el estudio del Convenio de Budapest, para la fijación de estándares comunes en la región del delito de pornografía infantil y el establecimiento de medios de investigación simétricos y concatenados entre los varios países, con el fin de lograr una regulación coherente y una investigación eficiente de esta clase de delitos y así, conseguir una plena aplicación a gran escala.

Son indiscutibles los avances que ha tenido la legislación ecuatoriana en cuanto a la tipificación del delito de pornografía infantil, no obstante,

consideramos que en algunos casos ha sobrepasado el ámbito de protección al cual debería avocarse, ya que sanciona varias conductas que no lesionan bien jurídico alguno.

A pesar de los avances mencionados en el párrafo anterior, creemos que debe existir una real capacitación a fiscales, jueces y defensores, ya que de la constatación empírica de nuestra investigación se desprende que la ausencia de una verdadera formación en este tema constituye una considerable limitante para la investigación, a tal punto de que tan solo sólo 2 de 17 fiscales entrevistados conocen del Convenio de Budapest. No sirve de mucho tener normas de vanguardia en relación a un delito, si van a ser aplicadas incorrectamente por parte de los operadores de justicia.

Ha quedado demostrado a lo largo de esta investigación los innumerables obstáculos que se presentan a la hora de perseguir los delitos de pornografía infantil, que van desde la identificación de la persona que tuvo acceso a la red, y por tanto cometió el delito, hasta la valoración de la prueba por parte de los tribunales, quienes mantienen las concepciones clásicas al momento de juzgar un delito de esta naturaleza, que como hemos manifestado rompe mucho de los esquemas tradicionales de la investigación del delito.

Los métodos tradicionales de investigación resultan insuficientes a la hora de investigar delitos cometidos a través de la red, por los que resulta imprescindible, capacitar al personal encargado de la investigación, dotarlos de infraestructura y equipamiento y lograr una verdadera cooperación tanto a nivel nacional, entre los diferentes organismos, como internacional entre los diferentes países de la región, y siendo ambiciosos del mundo.

En el Código Orgánico Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional en febrero de 2014, y que entró en vigencia en agosto del mismo año, se introdujo varios mecanismos especiales de investigación (interceptación de comunicaciones, agente encubierto, entregas vigiladas) que pueden ser de suma importancia para la investigación del delito de pornografía infantil, sin embargo, resulta indispensable que a los agentes de investigación se les dote de recursos tecnológicos y capacitación suficiente para enfrentar este delito, ya que de nuestra constatación resulta claro que ni la Fiscalía, ni la Policía Judicial actualmente cuentan con la infraestructura especializada para dar respuesta a estas infracciones transfronterizas y centran su investigaciones en diligencias comunes para todos los delitos.

No se debe olvidar que en el procesamiento, juzgamiento y sanción de los delitos de pornografía infantil, se deben garantizar a los procesados todos y cada uno de los derechos establecidos en la Constitución, especialmente el debido proceso, defensa, legalidad de la prueba y contradicción; por tanto, es menester que para la práctica de cada una de las diligencias pertinentes se respete irrestrictamente las normas de procedimiento acatando los protocolos que para el efecto se han creado.

En fin, de nuestro trabajo de investigación se ha podido determinar claramente la ausencia de mecanismos jurídico – tecnológicos apropiados para enfrentar la pornografía infantil; la carencia de instrumentos tecnológicos (software), la falta de planes de investigación consensuados, escasez de capacitación especializada, dificultades en la cooperación internacional y fundamentalmente la resistencia a la innovación, son algunos de los causas que

hasta ahora no nos han permitido dar una respuesta contundente a esta clase de delitos.

Consideramos que es muy pronto para determinar si los mecanismos incorporados al Código Orgánico Integral Penal funcionan para la investigación y procesamiento del delito de pornografía infantil, pero somos optimistas en que la utilización de estas herramientas será un insumo trascendental para lograr el objetivo planteado, al menos dentro del Ecuador, ya que para ser eficientes en la lucha contra las organizaciones mundiales de ciberdelincuentes es necesario fortalecernos en materia internacional a través de instrumentos internacionales que permitan una cooperación efectiva en la investigación y juzgamiento de estos delitos.



## BIBLIOGRAFÍA

### Publicaciones:

- Acurio, Santiago, *Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos*, Fiscalía General del Estado, Quito, 2009.
- Agustina Sanllehí, José, *Menores Infractores o Víctimas de Pornografía Infantil*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695 – 0194, 2010.
- Cox Leixelard, Juan Pablo, *Contexto Político-Criminal de los Delitos de posesión*, War on Crime y Expansión del derecho Penal, en Rodríguez Collao, Luis (Coord.) Delito, Pena y proceso. Homenaje a Tito Solari Peralta, Ed. Jurídica de Chile, 2008.
- De La Rosa Cortina, José Miguel, *Los Delitos De Pornografía Infantil. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Díez Ripollés y otros, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Díez Ripollés, José Luis, *El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual*, en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- Esquinas Valverde, Patricia, *El tipo de posesión de Pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2): Razones para su destipificación*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, No 18, Madrid, 2006.
- Fernández Teruelo, Javier, *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/ 2003*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estado de Derecho y Ley Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- López, Antonio, *La Investigación Policial en Internet; estructuras de cooperación internacional*, Revista de Internet, Derecho y Política, Monográfico, III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas, Barcelona, 2007.
- Morillas Fernández, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Editorial Dykinson SL, Madrid, 2005.
- Morón Lerma, Esther y Rodríguez Puerta, María José, *Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad*, en Revista de derecho y proceso penal, n7. 2002.
- Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la indemnidad sexual*, en VVAA, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Oxman, Nicolás, *Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica*, Polít. crim., Santiago, v.6, n. 12, 2011.
- Parra González, Ana Victoria, *La Pornografía Infantil en la Red, especial referencia a la posesión simple*, Universidad de Salamanca, 2011.
- Tamarit Sumalla, Josep María, *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y la Explotación Sexual, Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía Infantil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

### **Normativa Nacional**

- Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.
- Código Penal Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de enero de 1971.
- Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial N° 737 de 3 de enero de 2003.

### **Instrumentos Internacionales**

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- 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 (2000).
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (“Protocolo de Palermo”, 2000).
- Convenio sobre Ciberdelincuencia (2001)
- Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (2007).

## **Páginas relacionadas**

- <http://www.unicef.org/spanish/>
- <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/>
- <http://www.oas.org/es/cidh/>
- <http://www.interpol.int/es/Internet;>
- <https://www.europol.europa.eu/>