

Ciberdelincuencia: la pornografía infantil en el ciberespacio

*Esther Agelán Casasnovas**

SUMARIO

- I. Políticas de protección contra la pornografía infantil
- II. “Modus operandi” de la pornografía infantil
- III. Importancia de la cooperación interinstitucional para el combate de la pornografía Infantil

Resumen

La persecución y erradicación de la ciberpornografía infantil constituye un gran reto para los Estados por la complejidad de este fenómeno delictivo que utiliza tecnología cada vez más sofisticada, lo que crea la necesidad de normas y jurisprudencia novedosas así como de la cooperación internacional.

Abstract

The persecution and elimination of child cyber pornography is a huge challenge for the States due the complexity of this criminal phenomenon that uses sophisticated technology, which creates the necessity of new legal standards and jurisprudence as well as international cooperation.

(*) La autora es Juez de la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia y profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

El siglo XXI ha sido denominado como la era de la información, como resultado de la transformación de la tecnología. Esto, debido a que la velocidad que caracteriza el flujo de la información supera el movimiento físico.

La información se ha convertido en un valioso recurso que otorga ventaja a quienes la generen y encuentren primero en el tiempo.

La evolución de las TIC ha transformado las modalidades de obtención, procesamiento, conservación y distribución de la información; muestra de ello es que ya no se necesitan grandes espacios físicos para archivar información.

Las TIC se han convertido en la infraestructura más incluyente del planeta, así lo ha declarado la Asamblea de la Naciones Unidas en el sentido de que el 90 por ciento de la población está conectada a servicios móviles y más de un tercio a la internet.

Pese a las bondades de la Internet, el extremo negativo es que ha servido de instrumento para el surgimiento del cibercrimen, situación que ha obligado a los Estados a dirigir su política criminal hacia la regulación de nuevos delitos que tienen lugar en el ciber mundo.

I. POLÍTICAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

El ciberespacio –escenario en el que se desarrollan estos delitos– es como un laberinto en el que existen lugares que aun no han sido escrutados, lo que genera mayores peligros para sus usuarios.

En ocasión del 25 aniversario de la Convención Sobre los Derechos del Niño¹ es oportuno el análisis de un delito que tiene lugar en el ciberespacio que lacera la dignidad de nuestros niños: “la pornografía infantil.”

Acorde con la CDN², los Estados partes se comprometieron a tomar medidas en pro de la protección integral de los derechos del niño (especialmente, en lo concerniente a su integridad, dignidad, libertad e igualdad, como derechos fundamentales) que le son gravemente lesionados a las víctimas de pornografía Infantil.

Esta convención estableció en su artículo 34 el compromiso de los Estados pactantes de “proteger al niño de todas las formas de explotación y abuso sexuales”, a través de medidas de carácter nacional, bilateral y multi-lateral.

1. Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990 y ratificada por República Dominicana el 11 de junio de 1991.
2. Convención sobre los Derechos del Niño.

Las iniciativas contenidas en esta convención se dirigen a evitar:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

El contenido de la CDN evidencia la preocupación de la comunidad internacional en proteger a esta parte vulnerable de la población del abuso, desprotección, y de la explotación sexual que violenta su indemnidad³.

De igual manera, es importante destacar que el Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad aprobado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 –del que se hizo signatario la República Dominicana en el año 2012– establece en su artículo 9 la obligación de los Estados signatarios de legislar para sancionar la pornografía infantil, pautando iniciativas de cooperación a nivel judicial⁴.

La pornografía infantil ha sido definida por la Asamblea General de las Naciones Unidas como: “toda representación por cualquier medio, de menores dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un menor con fines primordialmente sexuales”⁵.

Una de las descripciones más completas del delito que nos ocupa la aporta el Convenio sobre Cibercriminalidad, pues de la misma pueden detectarse algunas de sus modalidades:

“Se entenderá por pornografía infantil 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;

3. Este tema ha sido previamente abordado bajo el título “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Pornografía Infantil y el Interés Superior del Niño” En “Cibercriminalidad y Política Criminal. Internet: Nuevo reto jurídico-Penal” de la autoría de Esther Agelán Casasnovas. Págs. 24 y sgts.

4. Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad aprobada en Budapest en fecha 23 de noviembre de 2001. Este instrumento establece en su artículo 9 como delitos relacionados con la pornografía infantil:

- 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.”

5. Véase 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, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/Res/54/263 de fecha 25 de mayo de 2000 y entrada en vigor el 18 de enero de 2002.

- c) imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.”⁶

De acuerdo a estas definiciones, por sus características y la complejidad de sus modalidades, este tema se ha convertido en prioridad en la agenda de la cooperación Internacional y regional a través de las agencias de investigación INTERPOL⁷ y EUROPOL⁸.

Estos organismos, utilizando tecnología de avanzada, han diseñado sofisticadas infraestructuras de persecución de la pornografía infantil por internet para detectar el “modus operandi” de las redes de pedófilos.

II. “MODUS OPERANDI” DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

La pornografía infantil realizada en el ciberespacio es compleja, por lo que es importante analizarla desde cada una de sus diferentes fases:

- La producción de material pornográfico,
- Distribución o intercambio de este material;
- El consumo del material pornográfico.

1. Producción del material pornográfico

Las facilidades de acceso de la población a dispositivos electrónicos aumentan cada día la posibilidad de producción de videos caseros y fotografías de material pornográfico desde el punto más recóndito del planeta. Lamentablemente, esto se realiza desde los países más pobres que aprovechan las carencias económicas de las víctimas para utilizar a los menores de estas zonas, como sucede en los países del Sudeste asiático, en Europa del Este y en gran parte de Latinoamérica⁹.

Las formas de producción de pornografía infantil varían, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

6. Artículo 9 numeral 2 del Convenio de Budapest.

7. Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) siglas que hacen referencia a la mayor organización de policía internacional. Creada en 1923, su objetivo es apoyar y ayudar a todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión es prevenir o combatir la delincuencia internacional. La sede central de esta organización es Lyon Francia.

8. Oficina Europea de Policía (EUROPOL) Es el órgano encargado de facilitar las operaciones de lucha contra la delincuencia en el seno de la Unión Europea.

9. CABEZA LÓPEZ citado por AGELÁN CASASNOVAS, Esther. Ciberdelincuencia y Política Criminal: Internet Nuevo Reto Jurídico-Penal. Santiago de los Caballeros: Editora Premium, 2011. p. 27.

- a) La participación directa del menor de edad en su realización y
- b) El medio tecnológico utilizado para llamar la atención hacia la figura del niño/a.

Entre las formas de producción de material pornográfico se encuentran:

Pornografía infantil expresa: se realiza con la participación directa del menor en la realización del material pornográfico.

Pornografía infantil técnica: se realiza mediante la alteración de imágenes en las que se colocan adultos haciéndose pasar o representando a niños y niñas, con fines de atraer la atención del usuario (pedófilo)

Pseudopornografía: consiste en incorporar imágenes de menores en pornografía de adultos.

- Pornografía virtual: en esta se utiliza la tecnología para incorporar imágenes no reales de menores en actitudes sexuales¹⁰.

2. Distribución o intercambio de material contentivo de pornografía infantil

La venta de material pornográfico infantil a través de páginas web de internet genera grandes sumas de dinero, lo que convierte esta actividad en un negocio millonario.

La mayor problemática desde el punto de vista jurídico y para la persecución de esta infracción ha sido la modalidad de intercambios de archivos a través de la internet.

La distribución e intercambio de materiales pornográficos a través de los sistemas operativos “P2P”, en sus siglas en inglés (*peer-to/peer*)¹¹ permite a los usuarios compartir música, fotografías y videos en espacios en los que no son fácilmente detectados, situación que es aprovechada por los pedófilos para intercambiar material pornográfico.

Su operatividad consiste en una red de computadoras en las que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, con una serie de nodos¹² que se comportan iguales entre sí permitiendo el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados.

Estos sistemas operativos se implementan normalmente como “redes superpuestas” construidas en la capa de aplicación de redes públicas como internet.

10. Conceptos presentados en ponencia del Dr. Carlos Casal Garrido, experto en comportamiento delictivo.

11. El p2p también conocido como red de pares.

12. Hace referencia a cualquier punto de conexión en una red. Ver otros conceptos relacionados AGELÁN CASAS-NOVAS, Esther, Ob. cit. p. 199.

Al aprovechar el ancho de la banda de los demás usuarios, aumenta su capacidad de rendimiento en conexiones y transferencias de información.

Estas redes se utilizan a menudo para compartir ficheros, archivos de cualquier tipo, entre estos videos y audios, haciendo más eficiente la transmisión o intercambio de información en tiempo real.

La capacidad de almacenamiento e intercambio de archivos de todo tipo –sumado a la difícil identificación o rastreo de los usuarios de los P2P– los convierte en sistemas operativos o redes ideales para ser utilizados por pedófilos para el intercambio de materiales pornográficos.

3. El consumo del material pornográfico

El consumo de la pornografía infantil ha sido sancionado de forma paulatina en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional.

La Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de Budapest¹³ (este último de más reciente vinculación a nuestro país) sirvieron de base a los países signatarios para la tipificación y sanción del consumo de material pornográfico.

En la República Dominicana la consagración del consumo de la pornografía infantil debe ser evaluada desde dos fuentes normativas principales: el Código Penal, modificado por Ley No. 24-97 y la Ley No. 53-07 sobre delitos de alta tecnología.

Procede evaluar la complejidad de la tipificación de la pornografía infantil a fin de obtener los elementos constitutivos del tipo penal a los que han de ser sometidos los hechos que configuren esta infracción y su establecimiento en sede judicial.

El Código Penal dominicano realiza una somera enunciación del delito, por lo que la cobertura normativa resulta insuficiente para su tipificación. Tal es el caso del contenido del artículo 351, numeral 2, modificado por la Ley 24/97, bajo el título de “abandono y maltrato de niños, niñas y adolescentes”. La parte mediana de este artículo se limita a sancionar con penas de uno a cinco años y multa de quinientos a cinco mil pesos, al padre o madre o persona que tenga bajo su cargo al niño, niña y adolescentes cuando hagan o permitan que los mismos sean utilizados en la práctica de “mendicidad, pornografía o de la prostitución”.

Queda evidenciado que nuestro legislador en el año 1997 intentó tipificar la pornografía infantil, pero no hace más que enunciarla creando un tipo penal “en blanco”.

13. Ratificado por el Congreso Nacional mediante Resolución número 158/12 de fecha 13 de junio del año 2012, Gaceta Oficial No. 10675.

Además, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes sanciona en el artículo 408 la utilización o empleo de imágenes de niñ@s en producciones televisivas o cinematográficas con escenas de carácter pornográfico o de sexo, la comercialización en su artículo 409 y la explotación sexual en el artículo 410; también la producción de material pornográfico imponiendo sanciones de hasta 10 años de prisión para los culpables.

Es a partir del año 2007, con el surgimiento de la Ley No. 53 sobre crímenes y delitos de alta tecnología, que se consagra una teoría jurídica completa de la pornografía infantil a través de la internet.

El artículo 24 de la Ley 53-07 define la pornografía infantil a través del internet en los términos siguientes:

“La producción, difusión, venta y cualquier tipo de comercialización de imágenes y representaciones de un niño, niña o adolescente con carácter pornográfico en los términos definidos en la presente ley...”

El párrafo de este artículo sanciona con penas de tres meses a un año y multa de dos a doscientas veces el salario mínimo la “adquisición” de pornografía infantil para “uno mismo y otra persona”.

Asimismo, se sanciona la “posesión” de este tipo de material en un sistema de información o de sus componentes. Se establece como elemento constitutivo esencial para la configuración de esta infracción “la intención” o la realización a sabiendas de estas acciones.

Queda claro que la comercialización del material pornográfico de menores de edad se encuentra también expresamente consagrada en la Ley No. 53/07, así como la adquisición y posesión para uso propio o de otra persona, a condición de que dichas acciones sean realizadas de forma intencional.

Pese a esto, para la correcta interpretación de este contenido normativo, resulta oportuno asirse de fuentes de autoridad que han evaluado otros elementos constitutivos que caracterizan esta infracción, especialmente el tema de su adquisición, posesión o consumo.

Este análisis no es pacífico en virtud de que en la práctica, y ante la complejidad de la tecnología, existen personas que son inducidas a bajar información y conservar en sus archivos o software material de este tipo, sin intención. Ejemplo de esto puede suceder cuando se comparte a través de los archivos *peer-to-peer*, a los que se hizo anteriormente alusión.

El Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, en Sentencia 6677/2008 de fecha 12 de noviembre del año 2008 realizó un análisis importante acerca de los elementos constitutivos que configuraban el delito de difusión de material pornográfico de menores de 13 años, a través de archivos P2P.

En este caso, el imputado M.A. compartió –en varias ocasiones y a través de la aplicación e-muler– imágenes vejatorias de menores con fines libidinosos.

Lo relevante de esta decisión es que establece como elementos esenciales para la configuración del delito el carácter no ocasional del descargo, esto en virtud de que al serle ocupada su computadora, la misma estaba llena de material pornográfico.

De otra parte, se estableció la continuidad, intención y carácter no ocasional de su actuación criminal, como elementos esenciales para la configuración del delito por estos medios. Por lo que es factible extrapolar tales elementos por la interpretación de la norma dominicana en tal sentido.

Otras normativas de carácter internacional aportan otros elementos característicos o derivados de la pornografía infantil. En la Decisión marco del Consejo 2004/68/Jal de 22 de diciembre de 2003, sobre la lucha contra la explotación sexual de menores y pornografía infantil se consagra algunas formas específicas de “conductas intencionadas” de pornografía infantil, destacándose:

- La producción de pornografía infantil;
- Distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil;
- Suministro o puesta a disposición de pornografía infantil;
- Adquisición y posesión de pornografía infantil¹⁴.

Esta decisión marco contiene, además, sanciones por la tentativa y por la instigación a la pornografía de menores de edad. Asimismo, consagra las agravantes por poner en peligro la vida de los niños y niñas que participen en la realización del material pornográfico, sea por acción voluntariamente dirigida o por negligencia.

En el recién aprobado Código Penal dominicano, en la sección tercera, bajo el título “De la explotación sexual de niños, niñas o adolescentes e infracciones similares” desde los artículos 192 al 197 se tipifican las modalidades de explotación sexual infantil y sus respectivas sanciones que conllevan hasta 20 años de prisión.

Uno de los principales retos en la persecución de la ciberpornografía infantil es la existencia de espacios invisibles de la web, los cuales son utilizados de forma sigilosa para la comisión del cibercrimen¹⁵.

Estos espacios denominados “Dark Webs” constituyen lugares de navegación en los que el internauta logra ocultar su “identidad” utilizando medios tecnológicos. Estos no forman parte del internet superficial, es decir de las páginas indexadas en las redes normales, pues son espacios ocultos.

14. Ver artículo 3 de la Decisión marco del Consejo 2004/68/Jal de 22 de diciembre de 2003.

15. También conocidos como “Dark Webs” o “Hidden Webs” que significan espacios oscuros o escondidos.

Los internautas para acceder a estas profundidades de la web sin ser detectados navegan a través de The Onion Router (TOR) que es un navegador diseñado en el 2002 por la marina de los Estados Unidos para navegar por la web sin ser identificado. De esta manera, acceden de forma anónima, ya que los datos de la computadora se cifran en capas lo que dificulta la identificación del cibernauta.

III. IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL COMBATE DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

El combate de la pornografía infantil a nivel regional e internacional ha contado con la colaboración interinstitucional para prevenir el acceso a través de la internet a este tipo de material.

Las prestadoras de servicios en colaboración de entidades bancarias han creado mecanismos para la colocación de bloqueos o restricciones al consumo de material pornográfico con sus tarjetas visa, mastercard, western unión, entre otras.

El motor de búsqueda Google también ha pautado acuerdos de protección al abuso infantil creando en sus buscadores mecanismos de bloqueos a los contenidos que detecten pornografía infantil, así como mecanismos de denuncias a organismos investigativos internacionales.

La persecución de la ciberpornografía infantil por sus características ha necesitado de la colaboración constante entre países. El mayor a la persecución ha sido la ausencia de tipificación de los delitos informáticos en algunos países que se convierten en paraísos de impunidad, al igual que la falta de uniformidad en la tipificación y sanción de la pornografía infantil y sus modalidades, entre otros aspectos relativos a la minoría de edad.

La criminalidad organizada de la pornografía Infantil cuenta con tecnología de alto nivel, es por esto que los organismos investigativos en colaboración con algunas universidades han tenido que reinventar nuevas formulas tecnológicas para la persecución de estos delitos. El diseño informático de “Metabuscaadores” para la detección de redes de pedófilos ha sido efectiva en la persecución. Estos programas utilizan palabras claves para detectar a los potenciales consumidores de estos “productos o servicios” logrando en muchos casos identificar la localización de las víctimas. Entre estos programas de búsqueda se destacan:

- Vicus, un programa de búsqueda capaz de emitir un mapa que detecta los lugares donde se realiza la distribución de pornografía infantil, al igual que detecta el consumo de este material, lo que permite obtener estadísticas.

- El Quijote, metabuscador creado por la Universidad de Salamanca, con capacidad de buscar en los denominados dark webs para comprobar si la víctima es susceptible de ser identificada por fotografías y por vía de la fotografía del niño localizarlo para rescatarlo.

Para la erradicación de la pornografía infantil en el ciberespacio se requiere de un enfoque global que tome en cuenta factores como el subdesarrollo, las desigualdades sociales y económicas, la disfunción de las familias, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, la falta de educación, la trata de niñ@s y la impunidad.

El acceso a la información acerca de los peligros de la internet, el conocimiento del marco regulatorio, la difusión y sensibilización sobre el alcance de la norma y las iniciativas realizadas tanto nacional como internacional, debe llevarnos a una reflexión sobre la repercusión que este flagelo causa a nuestros niños/as, llamando la atención, no solo a las autoridades, sino también a la ciudadanía que navega en el ciberespacio desconociendo su lado oscuro.