

El combate contra la pornografía infantil *en Internet*

WWW



El caso de Costa Rica

Marie-Laure Lemineur Retana

El combate contra la pornografía infantil *en Internet*

WWW



El caso de Costa Rica

Marie-Laure Lemineur Retana

El combate contra la pornografía infantil en Internet. El caso de Costa Rica.

Autora: Marie-laure Lemineur Retana

345.0274 Lemineur, Marie-laure
L554c El combate contra la pornografía infantil en Internet:
el caso de Costa Rica / Marie-laure Lemineur. -- 1a ed. --
San José, Costa Rica: M. Lemineur, 2006.
163 p. ; 17 x 24 cm.

ISBN: 9977-12-933-9

1. PORNOGRAFÍA INFANTIL - DERECHO PENAL - COSTA RICA.
2. PORNOGRAFÍA INFANTIL - CONTROLES - COSTA RICA.
3. PORNOGRAFÍA INFANTIL - AMÉRICA CENTRAL. I. Título.

1º Edición publicada con el apoyo financiero del Proyecto Subregional de OIT/IPEC
“Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de per-
sonas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana”.

Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)
Coordinación Subregional para Centroamérica, Panamá y República Dominicana
OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT/IPEC, Diciembre de 2006
500 ejemplares

Diseño gráfico y producción: ACD Asesoría Creativa, S.A.

Impreso en Costa Rica

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras cola-
boraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa
que la OIT las sancione.

Esta publicación ha sido financiada por el Departamento de Trabajo de los Estados
Unidos. Esta publicación no necesariamente refleja el punto de vista o las políticas del
Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, ni la mención de marcas registradas,
productos comerciales u organizaciones, implica el respaldo del Gobierno de los Estados
Unidos.

Agradecimientos

Deseo agradecer en especial a José Retana Ureña por su constante apoyo, a Magda Rojas Castillo por las largas horas que pasó corrigiendo mi español, a Javier A. Zaragoza Aguado por hacerme el honor de escribir el prólogo, a Eugenia Salazar Elizondo y Lilliam Gómez Mora por haber tomado de su tiempo para hacerme comentarios sobre el capítulo IV, a Mario Zamora Cordero por sus siempre pertinentes observaciones sobre los capítulos II y IV, a Paul Chávez Cambroner por abrirme las puertas de la Dirección de Investigación Especializada del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, a Bente Sorensen, Victoria Cruz y Adriana Hidalgo por sus esclarecedoras sugerencias, a Delia Miranda Fricke por la información que, muy atentamente, me ha proporcionado sobre la Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, a Edwin Salas Zamora por su valiosa ayuda en la corrección de estilo y por último, a Adriana Retana Salazar por sus diligentes respuestas a mis solicitudes de ayuda y a Rocío Rodríguez García.

Asimismo deseo expresar mi gratitud a todos los demás profesionales que aceptaron ser entrevistados pese a sus múltiples ocupaciones y cuyos nombres se encuentran en la bibliografía. Finalmente, agradezco al programa IPEC de la OIT que hizo posible la publicación de este libro.

PRÓLOGO	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. La pedopornografía, su definición y otros aspectos relacionados	15
A. La pornografía	16
B. La definición de la pedopornografía	18
1. El tipo de representación	20
2. El tipo de soporte en el que el material está reproducido	22
3. La pseudopornografía: la condición de persona menor de edad como objeto de las representaciones	24
4. La edad legal a partir de la que se puede participar en materiales pornográficos y la edad de consentimiento para tener relaciones sexuales	29
5. El comportamiento sexualmente explícito de la persona menor de edad	32
6. La pornografía infantil blanda y la “ <i>child erotica</i> ”	33
C. El carácter comercial y doméstico de la pedopornografía	36
D. ¿Quién consume la pedopornografía?	39
E. ¿Para qué se usa la pedopornografía?	45
F. La pedopornografía en Internet: un ciberdelito sexual	47
G. ¿Dónde están los depredadores sexuales en Internet?	48
CAPÍTULO II. Análisis del marco jurídico nacional que regula la pornografía infantil y de los principales instrumentos supranacionales en la materia	54
A. El Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia	57
B. La Decisión-marco de la Unión Europea relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual y la Pedopornografía	63
C. Instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica	68
1. La Convención sobre los Derechos del Niño	68
2. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía	70
a) Aspectos generales	70
b) El tema de la tenencia privada en el Protocolo	72
c) Disposiciones adicionales	75
3. Otros textos regionales e internacionales en materia de niñez y adolescencia relevantes para la lucha contra la pedopornografía	85
D. El debate sobre la ilegalización de la tenencia privada en Costa Rica	87
1. Los proyectos de ley que proponen tipificar la tenencia privada de pedopornografía	87
2. Los principales argumentos en contra de la tipificación de la tenencia privada	89
E. Consideraciones finales sobre la acción gubernamental en materia de pedopornografía	97

CAPÍTULO III. La investigación de los delitos relacionados con la pedopornografía en Internet dentro y fuera de Costa Rica	101
A. La división entre la policía administrativa y la policía judicial en el ordenamiento costarricense	101
B. La Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública costarricense	104
C. Estructuras supranacionales especializadas en la lucha contra la pedopornografía en Internet	105
1. Estructuras con un ámbito geográfico de aplicación global	105
2. Estructuras con un ámbito geográfico de aplicación regional	107
D. Ejemplos de estructuras nacionales existentes en otros países	108
CAPÍTULO IV. La Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica: un caso de estudio	112
A. Los hechos	112
B. Aspectos legales claves	115
1. Las figuras del agente provocador y del agente encubierto	115
2. La Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones	118
C. Investigación proactiva y reactiva de los delitos de explotación sexual perpetrados en contra de la niñez en Internet	123
CAPÍTULO V. La responsabilidad civil y penal de los proveedores de acceso y servicios en Internet por contenidos ajenos ilícitos	127
A. Ejemplos de regímenes legales acerca de la responsabilidad de las empresas que prestan acceso y servicios en Internet por contenidos ajenos ilícitos	129
1. La normativa europea	129
2. La legislación federal en los Estados Unidos	135
B. La legislación costarricense en la materia	136
1. La concesión legislativa para explotar las telecomunicaciones	136
2. La responsabilidad civil y penal de las empresas proveedoras de acceso y servicios en Internet	140
CAPÍTULO VI. Recursos disponibles para los internautas en apoyo a la lucha contra la pedopornografía en línea	143
A. Las líneas de denuncia	143
B. Los filtros	147
CONCLUSIÓN	150
RECOMENDACIONES	152
Anexo I	154
Bibliografía	157

Prólogo

Se ha dicho con razón que “la sociedad contiene en sí misma los gérmenes de los delitos futuros”. La internacionalización del crimen es, casi con toda seguridad, un precio a pagar en una sociedad inspirada en la globalización y en la innovación tecnológica, quizás los principios motores más importantes de los profundos cambios políticos, sociales y económicos que se están produciendo en estas últimas décadas.

En el ámbito de las innovaciones tecnológicas, la aparición en escena de ese gran medio de comunicación que es INTERNET ha supuesto la incorporación de mejoras sustanciales a nuestra calidad de vida, y ha permitido la ampliación de nuestros conocimientos respecto al mundo en el que vivimos, aproximándonos al menos en el terreno virtual a realidades sociales y humanas todavía muy lejanas en la distancia. Pero, como todo cambio, también han surgido o se han favorecido conductas desviadas que agreden a los más elementales valores de nuestra sociedad, en especial a la dignidad humana. Una de ellas, quizás, la de mayor alarma social, es la distribución y consumo de contenidos de pornografía infantil, puesto que se trata de un fenómeno criminal que se ha multiplicado con la multitud de canales de distribución que ofrece la red.

La transnacionalización que hoy caracteriza al ciberdelito y a la distribución de pornografía infantil a través de redes estructuradas de Internet reclama una respuesta más eficaz y contundente de los sistemas judiciales, que sólo se puede lograr potenciando la cooperación supranacional entre todos los Estados, y ejerciendo la jurisdicción más allá de las fronteras mediante la sujeción de tan graves actos criminales al principio de justicia universal, tan reconocido ya en otras parcelas de la criminalidad de nuestro tiempo

(genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas, terrorismo, narcotráfico, etc.).

Nos encontramos con conductas delictivas que atentan contra los más esenciales valores del ser humano y degradan hasta límites repugnantes la dignidad del hombre. Poderosa razón, sin duda, para excluir terminantemente y sin excepciones cualquier atisbo de impunidad. Pero el compromiso de los Estados y de la comunidad internacional en el combate contra esta tortuosa y degradante delincuencia pasa por la aplicación real y efectiva -más allá de las buenas palabras que la firma y ratificación de los convenios internacionales suponen en la generalidad de los casos- de la Convención sobre los Derechos del Niño y muy particularmente de su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de Mayo de 2000.

El artículo 3 de dicho Protocolo establece que todo Estado Parte adoptará medidas para que tales actos queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro, como fuera de sus fronteras o si se han perpetrado individualmente o colectivamente. Y el artículo 4 ordena que todo Estado Parte adopte las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción cuando estos delitos se cometan en su territorio, o cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio.

En síntesis, nuestra obligación como gobernantes y como operadores jurídicos no es otra que legislar y hacer cumplir la ley. Los gobiernos deben promover la persecución penal de estos delitos facilitando un marco jurídico adecuado que penalice con sanciones

graves de privación de libertad las conductas de producción, venta, distribución, exhibición, y posesión con esos fines de cualquier material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces aunque tenga su origen en otros países; y los sistemas judiciales deben procurar la eficacia en la aplicación de las leyes penales desde el reconocimiento de la extraterritorialidad en la respuesta legal, adoptando como guía y norte de su actuación la cooperación entre las Autoridades judiciales.

En los albores del siglo XXI resulta difícil entender la actitud de algunos Estados que se muestran más preocupados por proteger su soberanía a cualquier precio, que por poner coto al incontenible avance del crimen internacional en sus diferentes vertientes. Pero afortunadamente, en algunas ocasiones, la cooperación judicial internacional ha propiciado excelentes resultados de los que podemos sentirnos satisfechos, singularmente en la lucha contra la pornografía infantil a través de Internet.

En el año 2004 una vasta operación policial y judicial contra esta modalidad del cibercrimen iniciada en la Audiencia Nacional, cuya Fiscalía tengo el honor de dirigir, que contó con la colaboración de Autoridades judiciales de más de una decena de países hispanoamericanos -cooperación que se canalizó a través de la IberRed (Red Judicial Iberoamericana)- hizo posible la desarticulación de una importante red internacional de distribución de pornografía

infantil asentada en todos esos territorios. No voy a ocultar que una investigación de esta naturaleza es enormemente compleja y tropieza con un sinfín de dificultades, pero tenemos el deber y la responsabilidad de luchar con todas nuestras fuerzas contra estas acciones y de intensificar todavía más la capacidad de neutralización de una criminalidad cuya amoralidad no tiene límites.

Este libro que me honra prologar es un interesante y documentado estudio de la realidad de la pornografía infantil en Costa Rica, y ofrece un riguroso enfoque jurídico, con acertadas referencias al derecho comparado y a los instrumentos internacionales, en el que no falta el sentido crítico necesario para poner de manifiesto las innumerables lagunas y deficiencias que presenta la actual normativa penal para hacer frente al problema de la pornografía infantil por Internet, y con carácter general a esa realidad cada vez más extendida del cibercrimen.

Desde estas lejanas tierras de España, quiero transmitir a su autora, cuya preocupación y sensibilidad por esta lacra criminal conozco en primera persona, mi felicitación por el excelente trabajo que ha desarrollado y mi agradecimiento por haberme permitido escribir el proemio de tan magnífica obra.

Madrid, 11 de Agosto de 2006

Javier A. Zaragoza Aguado
Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional
España

Introducción

Se dice que vivimos en la era de la sociedad de la información, que se caracteriza por otorgar un papel preponderante a las tecnologías de la información y de la comunicación. Muchos son los que desde hace años han recalcado el profundo impacto que tales tecnologías tienen en todos los ámbitos de nuestras vidas y en la sociedad en general. Sin embargo, son innumerables los retos de un modelo de sociedad donde, como lo afirma Sartori, “*el nuevo soberano es ahora el ordenador*”¹.

Desde la mitad de la década de los años noventa, somos a la vez testigos y partícipes de un movimiento de masificación en el uso de Internet. A partir de esa época, Internet dejó de servir exclusivamente a intereses militares, científicos y universitarios para abrirse a usos comerciales y privados.

Se afirma que para llegar a la cantidad de 50 millones de usuarios en los Estados Unidos, “*la radio tardó 38 años, el teléfono 25 años, la PC [computadora personal] 16 años, la TV 13 años, el cable 13 años y el acceso a Internet 4 años...*”². En 1983, solamente unos cientos de computadoras

estaban conectadas en la incipiente Red que existía en esa época. Según cifras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, se estima que en 1995 había aproximadamente 20 millones de personas conectadas a Internet, los que llegaron a ser más de 400 millones a fines del año 2000. Se calcula que esa cifra alcanzó un poco menos de 1.000 millones en el 2005.

En el caso de Costa Rica, los datos³ para el 2005 revelan que 1.000.000 de personas tenían lo que podemos calificar como una “cultura Internet”, es decir que utilizan al menos una vez a la semana la Internet, ya sea por razones de esparcimiento, trabajo o estudios. En otras palabras, un poco más de un 25 % de la población costarricense navega regularmente en la Red⁴. Alrededor del 30 % de los hogares en el país posee una computadora y de esos, el 49 % tienen una conexión a Internet. Finalmente, el 34 % de los centros de estudio privados y públicos costarricenses están conectados a la red de redes⁵.

Internet se caracteriza por permitir un alto grado de interactividad, por ser de fácil

1 SARTORI, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, Taurus, México, 1997.

2 Millé citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel, “Aproximación al estudio de la criminalidad mediante computadoras”, *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 13, núm.19, agosto 2001, p.16.

3 Encuesta nacional 2005 realizada por CID-Gallup comisionada por Radiográfica Costarricense S.A. Datos proporcionados por Mario Estrada Solano, director de mercadeo de Radiográfica Costarricense S.A., en una entrevista realizada el 12 de diciembre del 2005.

4 A título comparativo, se estima que el 16 % de la población en América Latina consulta habitualmente la Internet, véase “América Latina visita poco Internet”, periódico *La Nación*, Costa Rica, 23 de enero del 2006.

5 Otra fuente afirma que entre los más de 4100 centros educativos públicos que existen en el país, 524 están conectados a la red -el 12.78 %- y que el Ministerio de Educación Pública pretende aumentar al 18 % la tasa de conectividad. Véase “MEP pide ampliar cobertura de Internet al 18 % de escuelas”, periódico *La Nación*, Costa Rica, 16 de enero del 2006. Por otro lado, según datos proporcionados por la fundación costarricense Omar Dengo, al 16 de diciembre del 2005, 116 de los colegios públicos adscritos a su Programa Nacional de Informática Educativa contaban con la infraestructura que se requiere para lograr la conexión a Internet, sin embargo solamente 76 de ellos tenían una conectividad efectiva y de los 397 centros educativos públicos de preescolar, I y II ciclos, Aula Especial y Educación Especial conjuntamente, del mismo programa que contaban con la infraestructura adecuada para conectarse a Internet, 277 estaban conectados. Se tratan únicamente de centros educativos públicos que pertenecen al Programa Nacional de Informática Educativa coordinado por la Fundación Omar Dengo y el Ministerio de Educación Pública costarricense.

acceso, por ser un medio muy descentralizado e intrínsecamente anónimo una vez que se entra en la Red, además es un medio muy económico -tanto para colgar la información como para acceder a ella- y tiene un carácter transnacional.

A eso debemos agregar el hecho de que la información que circula en un formato digital en la red de redes -la que incluye pedopornografía⁶- es fácilmente modificable, adaptable -en la medida en que puede abarcar tanto imágenes como textos o sonido-, difícil de interceptar ya que circula en un mundo que no es físico, fácil de reproducir y fácil de compartir.

Se ha dicho que la realidad virtual definida como la representación de imágenes de objetos producida por un sistema informático que da la sensación de su existencia real, es una “*realidad sólo en la pantalla*”⁷. Sin embargo, esa ilusión que puede llevar a confundir la realidad con la fantasía, también puede tener consecuencias concretas y nefastas en el mundo físico.

En efecto, conforme se ha masificado el uso de las nuevas tecnologías se ha desarrollado lo que se llama la delincuencia informática. En otras palabras, se han abierto nuevas puertas para perjudicar intereses individuales y colectivos a la vez que se ha abierto un mundo de oportunidades para todos nosotros.

Las formas de delinquir, mediante el uso de la computadora son variadas; el fraude electrónico, la violación de la confidencialidad de datos informáticos, la estafa, el robo de información y datos, la falsificación y alteración de datos electrónicos, el ciberacoso a jóvenes y adultos,

las amenazas, la violación de la privacidad, la producción y difusión de pedopornografía, así como la apología del racismo son algunos ejemplos. Por lo tanto los riesgos que enfrenta cualquier persona al encender la computadora y navegar en la Red son importantes, y aun más cuando se trata de personas menores de edad, sobre todo si tomamos en cuenta que son especialmente vulnerables por la falta de madurez que implica su corta edad.

Tradicionalmente, los órganos del Estado encargado de la seguridad de las personas han tenido como mandato vigilar tres espacios: el mar, el aire y la tierra. Sin embargo, el desarrollo de la delincuencia informática los obligó a actuar también en el mundo digital. Este hecho tiene implicaciones importantes para el quehacer de los policías. Los métodos para delinquir en el mundo virtual varían y los policías no pueden combatir el ciberdelito con medios tecnológicos limitados, leyes y procedimientos penales no adaptados. Cabe resaltar que esa lucha no debe ser un monopolio único del Estado y de sus instituciones. Otras instancias que no son públicas, en especial el sector de los prestadores de servicios y acceso en Internet son actores de gran importancia que tienen un papel clave que jugar en la lucha que se lleva a cabo para intentar reprimir los delitos perpetrados mediante el uso de una computadora y de Internet.

Cuando se trata de ese tipo de delitos, los retos son numerosos especialmente en el ámbito legal. Algunos de los aspectos claves a resolver son: determinar dónde se cometió el delito (*locus delicti*) y consecuentemente cuál régimen jurídico debe aplicarse, cuál es el grado y el

6 Para efectos del presente trabajo se consideran que los términos “pedopornografía” y “pornografía infantil” son sinónimos, por lo tanto se usarán indistintivamente.

7 SARTORI, op. cit.

tipo de responsabilidad que deben enfrentar los proveedores de acceso y servicios en Internet, cuáles son los poderes investigativos de los policías en el mundo digital, cuánto tiempo los proveedores deben guardar almacenados los datos e informaciones de sus clientes internautas para permitir a los policías investigar, cuál es el régimen vigente para interceptar los correos electrónicos o cualquier otra comunicación digital y para el decomiso de los datos electrónicos, cómo se pueden obtener en tiempo real datos informáticos.

Actualmente, existen intensos debates en muchos países, acerca de la necesidad o no de adaptar el conjunto de leyes existentes para reprimir tales delitos. Algunos abogan a favor de la adopción de normas penales específicas y otros en contra argumentando que tal y como están las normas tradicionales vigentes deberían permitir a los policías investigar y arrestar a los autores de semejantes delitos, y a los jueces enjuiciarlos y condenarlos en caso de que los encontraran culpables.

*“La circulación en red de información que excede los límites de las libertades fundamentales (libertad de expresión e información) para atacar algunas otras de igual importancia (honor, libertad sexual, seguridad), ha despertado desde un primer momento la alarma social...”*⁸ y consecuentemente se ha abierto un debate sobre el tema de la regulación y el control de Internet. Podemos afirmar que existen tres grandes posturas

en relación con este tema, dos de ellas opuestas y una intermedia; la postura libertaria: las personas que se adhieren a esa visión consideran que en *“la sociedad de la información, Internet es un ámbito de libertad extrema, es un mundo abierto, nuevo, que por su propio origen, naturaleza y fines, no puede ser regulada”*⁹, y la postura controladora la que plantea que *“la sociedad de la información genera nuevas realidades que deben ser reguladas para mantener el orden social. La regulación debe ser minuciosa, habida cuenta de las múltiples, complejas y difíciles situaciones que se pueden generar”*¹⁰. La primera ciertamente tendría como efecto negativo de generar espacios de impunidad y la segunda imponer una censura que tendría como efecto violar derechos básicos tradicionalmente protegidos en los regímenes democráticos.

En una postura más balanceada que podemos calificar de intermedia, se encuentran quienes argumentan que *“Internet y la sociedad de la información deben ser objeto de regulación al igual que cualquier otro instrumento que utiliza el hombre, al igual que cualquier otra realidad que afecte a las relaciones personales, sociales, económicas, culturales y políticas del hombre”*¹¹.

Independientemente de la opinión que podamos tener al respecto, parece que existe un consenso generalizado en los países democráticos acerca de la necesidad de llegar a un balance entre la obligación de reprimir los delitos

8 MORALES GARCÍA, Óscar, “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, Navarra, España, p.173.

9 DENIS MENDOZA, Juan Antonio, Jefe de Servicios del Área de Cooperación Internacional. Secretaría de Estado y de Seguridad (España), “Instrumentos internacionales en la lucha contra el cibercrimin”, ponencia presentada en el seminario sobre *Cooperación policial ante la delincuencia informática*, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI)/Embajada de España, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 30 de mayo al 3 de junio del 2005.

10 *Ibíd.*

11 DENIS MENDOZA, op. cit.

cometidos mediante el uso de una computadora y la necesidad de garantizar que en un ambiente digital se respetarán los derechos fundamentales de los ciudadanos ya consagrados y protegidos fuera del ambiente numérico, en especial los relacionados con la libertad de expresión y la protección de la privacidad.

Dentro de la gama de delitos que se pueden cometer tanto en el mundo digital como fuera de él, existen muchas formas de atentar contra la integridad física o emocional y la libertad sexual de las personas menores de edad. Internet, además de ser un medio que facilita la producción, difusión y tenencia de pedopornografía es también, para los adultos interesados en tener contactos sexuales con personas menores de edad, una herramienta “útil” para practicar lo que se conoce como el *grooming* y que se define como el proceso a través del cual se convence o seduce a una persona menor de edad comunicándose con ella, haciéndose pasar por otro menor de edad o por un adulto, con la intención de encontrarla posteriormente para cometer un delito sexual contra ella. Sin embargo, siendo el objeto de estudio de este libro la pedopornografía nos concentraremos únicamente en aspectos relacionados con esta modalidad de explotación sexual infantil.

La realidad que es la “computadora y la tecnología digital han transformado la economía política de todos los tipos de pornografía haciendo posible que prácticamente cualquier persona se pueda convertir en un productor, un distribuidor y un consumidor en forma simultánea”¹².

La evidencia demuestra que los medios y las tecnologías disponibles en el mercado hoy en día tales como las cámaras y los vídeos digitales, las computadoras, los celulares con Internet, la Internet de banda ancha con conexión de 24 horas, los programas que permiten alterar las imágenes o crear imágenes completamente digitales (*morphing*), los programas que permiten codificar los archivos ilegales o legales (*encriptología*), las llamadas redes de persona a persona (P2P) etc., han permitido que la pedopornografía se haya vuelto más barata, más fácil y más rápida de producir y de distribuir.

De igual modo, conforme esas tecnologías han evolucionando, también el tipo de pornografía infantil producido y distribuido ha evolucionado. Por ejemplo, en un primer momento las imágenes de pedopornografía distribuidas por Internet eran imágenes fijas, luego, la aparición de los vídeos digitales permitió la producción de pedopornografía, en movimiento y en tiempo real. También la creación de medios que permiten dibujar digitalmente ha sido aprovechada por los productores de este tipo de materiales para fabricar lo que se conoce como pornografía infantil digital en la que el niño retratado en un contexto sexual no es un niño que existe realmente, tal como veremos en el presente estudio. Los celulares con cámara digital son herramientas discretas para fotografiar, en lugares públicos en especial las piscinas y los parques, a cualquier persona menor de edad o partes de su cuerpo para luego colocarlas en un contexto sexual y colgarlas en la red de redes -alteradas o no- sin que nadie se percate de ello.

12 *Rhetoric and Realities: Sexual Exploitation of Children in Europe*, Prof. Liz Kelly and Linda Regan, 2000, citado en Save the Children Europe Group, *Position Paper on Child Pornography and Internet- Related Sexual Exploitation of Children* [en línea], junio 2003. Disponible en <http://www.redbarnet.dk/Files/Filer/sexuelt_misbrug/SaveTheChildren_positionpaper_ChildPornography.pdf#search='position%20paper%20on%20child%20pornography%20and%20internet%20related%20sexual%20exploitation%20of%20children>[Consulta: 20 julio 2004].

Algunos reportes y trabajos de investigación evidencian que la Internet, hoy en día, es el medio principal de producción y distribución de pornografía infantil aunque determinadas fuentes oficiales en los Estados Unidos señalan que en paralelo, cierta cantidad, sin estimar, se sigue distribuyendo también por el correo postal en ese país¹³.

En la mayoría de los foros internacionales existe un consenso sobre el hecho de que uno de los principales obstáculos para el estudio del fenómeno de la pornografía infantil es la ausencia de datos e informaciones sobre el tema. La falta de estudios en la materia combinada con un elevado índice de delitos ocultos tiene como consecuencia concreta que los principales datos estadísticos confiables que se pueden manejar son las estadísticas policiales y judiciales, las que a su vez reflejan rangos, estimaciones y tendencias.

Aún sin poder arrojar cifras exactas, numerosas fuentes coinciden en señalar lo que califican como una explosión del volumen de la pedopornografía que circula en Internet desde que se masificó el uso de ese medio en el mundo. Esa tendencia viene acompañada de un importante aumento del número de denuncias por parte de usuarios de Internet, luego de haber encontrado este tipo de material pornográfico mientras navegaban, en los países donde existen las estructuras necesarias para recibir estas denuncias.

Para Costa Rica y sus habitantes es fundamental disfrutar de las magníficas oportunidades que los

vertiginosos avances tecnológicos y la masificación del uso de Internet procuran. Pero de igual modo, el país debe vigilar muy de cerca y reaccionar con rapidez ante los grandes retos que surgen. Uno de ellos, lo constituye el empleo de las nuevas tecnologías con el objetivo de usar a las personas menores de edad y sus cuerpos como objetos sexuales al servicio de los intereses sexuales de miles de individuos. Para los defensores de los derechos de las personas menores de edad dentro y fuera del país es una obligación percibir las nuevas tecnologías como una fuente permanente de peligro para los niños, las niñas y los jóvenes dado que la Internet es un mundo virtual pero con víctimas reales. Dicho de otro modo, aun en un mundo virtual los riesgos son reales. Dichas tecnologías son herramientas que han fomentado la aparición y el desarrollo de lo que podríamos llamar una generación de *digidepredadores sexuales* en referencia al conocido término de *digigeneraciones*¹⁴.

En ese contexto, nunca ha sido más cierta la aseveración de Seymour Paper citada por Eleonora Saxe Badilla según la cual *“hay un mundo de diferencia entre lo que la tecnología puede hacer, y lo que la sociedad escoge hacer con ella”*¹⁵. Si los depredadores sexuales han escogido usar la tecnología para lastimar y explotar a seres vulnerables, con el fin de satisfacer sus necesidades sexuales, los demás tenemos la responsabilidad de enviarles un mensaje inequívoco; la tecnología debe ser ante todo una herramienta para el desarrollo y el beneficio de todas las personas, incluyendo, sobre todo, a los más jóvenes y no una herramienta que contribuya a convertir a muchos en sus esclavos sexuales.

13 Le Forum des droits sur l'internet, op. cit., p. 12.

14 Abreviación de “generaciones digitales”, del inglés *digital generation*, término atribuido a Luis Rossetto según SARTORI, op. cit., p. 63.

15 BADILLA SAXE, Eleonora, “Costa Rica contra sí”, periódico *La Nación*, 25 de noviembre del 2003.

Asimismo, como bien lo ha señalado el inspector Antonio Barquero Solís de la Brigada de Información Tecnológica de la policía nacional española “*lo que es delito off-line debe ser delito in-line*”¹⁶. No debemos aceptar que la pantalla de la computadora sea utilizada como una cortina de humo detrás de la cual las personas sin escrúpulos puedan esconderse. No debemos dejar que el ciber mundo se convierta en un ciberespacio de impunidad para los depredadores sexuales.

El presente libro, por un lado, constituye un esfuerzo de recopilación y de sistematización de informaciones y datos que existen en forma esparcida y principalmente en lengua inglesa acerca del tema de la pedopornografía. Por el otro, constituye un intento para presentar a los lectores un enfoque integral del tema, aunque por razones de espacio se han obviado algunos aspectos conexos a los planteados, también relevantes y que sin duda merecerían ser analizados en un trabajo de investigación posterior. Adicionalmente, queremos poner de relieve que este libro tiene también como objetivo llenar un vacío existente en la región latinoamericana sobre esta temática.

Finalmente, esta investigación pretende servir de pretexto para introducir en la agenda pública costarricense el tema de la pornografía infantil en Internet. En efecto, en Costa Rica si bien el sector de las instituciones o organizaciones a cargo del tema de la explotación sexual de las personas menores de edad ha sido activo en muchos sentidos, por circunstancias propias del país el debate se ha centrado principalmente en torno a las modalidades de turismo sexual y a las relaciones sexuales remuneradas localmente

con personas menores de edad. Además, a la luz de este contexto, cuando se ha abordado el tema de Internet ha sido más que todo en referencia a la promoción que se hace del país como destino turístico sexual a través de este medio y la enorme y justificada preocupación que dicho fenómeno genera.

A continuación, analizaremos en un primer capítulo varios aspectos generales relacionados con la pedopornografía y su definición, que no son específicos del caso costarricense. En el segundo capítulo, se intentará presentar el marco legal costarricense que regula la materia a la luz de los principales instrumentos internacionales -los que abarcan el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo- y sus disposiciones más relevantes, incluyendo instrumentos que no son vigentes en el país pero que podrían servir de parámetros en caso de eventuales futuras reformas a la legislación vigente. El tercer capítulo aportará información acerca de los tipos de agencias de policía dentro y fuera de Costa Rica que son especializadas en investigar los casos de pedopornografía en la Red. El cuarto capítulo presenta el análisis del caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, la que era activa en la Web, que fue desarticulada luego de una larga investigación y cuyos miembros fueron enjuiciados y condenados en un proceso que presenta características únicas en la historia judicial del país. El quinto capítulo pretende abordar el tema de la responsabilidad civil y penal de los proveedores de acceso y servicios en Internet, actores claves de la sociedad de la información, destinados a unirse a la lucha contra la pedopornografía por el papel de intermediarios que desempeñan. Es determinante

16 BARQUERO SOLÍS, Antonio, Brigada de Información Tecnológica de la policía nacional española, ponencia presentada en el seminario sobre la *Cooperación policial internacional ante la delincuencia informática*, op. cit.

definir cuál es su grado de responsabilidad cuando transmiten y alojan, como parte de los servicios comerciales que venden, contenidos de terceros que pueden ser ilegales. El último capítulo examinará el papel que pueden jugar los ciudadanos en el entorno cibernético para

denunciar estos casos. Finalmente, se concluye con una lista de recomendaciones específicas para el caso costarricense, las que surgieron gradualmente, de forma natural, al analizar todos los aspectos mencionados en los distintos capítulos.

CAPÍTULO I

La pedopornografía, su definición y otros aspectos relacionados.

La pornografía infantil constituye una forma de explotación sexual contra las personas menores de edad. En la Declaración adoptada de forma unánime por los y las participantes en la Primera Conferencia Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil, reunidos en Estocolmo (Suecia) en 1996, quedó plasmada de forma clara y concisa lo que se considera es la explotación sexual comercial de las personas menores de edad al afirmarse que *“constituye una violación de sus derechos. Abarca el abuso sexual por parte de un adulto e incluye la remuneración en efectivo o en especie a la persona menor o a una o varias terceras personas. El niño es tratado como un objeto sexual y como un objeto comercial. La explotación sexual comercial constituye una forma de coerción y violencia contra la niñez y equivale al trabajo forzado así como a formas contemporáneas de esclavitud”*¹⁷.

El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo define la explotación sexual comercial como *“la utilización de niños, niñas y adolescentes para actividades sexuales, a cambio de una retribución, ya sea económica o de cualquier otro tipo”*¹⁸.

Generalmente se considera que junto con la pornografía infantil existen otras dos modalidades de explotación sexual comercial infantil: las

relaciones sexuales remuneradas¹⁹ y la trata/venta de personas menores de edad. A estas se agregan otras modalidades como el turismo sexual y los matrimonios tempranos. Dicha clasificación quedó así establecida en el artículo 1 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 Pornografía²⁰, donde se estipula que *“los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo”*.

Con una perspectiva un poco distinta, en el país algunas instancias y documentos gubernamentales, entre las cuales se encuentran el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de las Niños, Niñas y Adolescentes, el que guía el accionar del gobierno de Costa Rica en la materia, plantean que existen tres tipos de explotación sexual comercial infantil: la utilización de personas menores de edad para tener relaciones sexuales, para producir materiales pornográficos y para exhibirlos en espectáculos públicos o privados de carácter sexual. Asimismo fijan cuatro modalidades o manifestaciones de los tipos de explotación sexual, a saber, la explotación

17 Párrafo 5 de la Declaración del Primer Congreso de Estocolmo contra la Explotación Sexual Comercial Infantil, 28 de agosto de 1996. Traducción de la autora.

18 *Prevención, detección y atención de situaciones de explotación sexual comercial de personas menores de edad y trata con estos fines. Manual de procedimientos dirigido al Servicio Exterior.* OIT/IPEC-Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Dirección de Promoción Internacional), San José, Costa Rica, junio 2005, p. 29.

19 Para efectos de este trabajo la expresión “relaciones sexuales remuneradas” será utilizada como sinónimo de “prostitución infantil”.

20 De ahora en adelante “Protocolo”.

sexual local, es decir, las relaciones sexuales remuneradas localmente (prostitución infantil local), el turismo sexual, la trata de personas menores de edad con fines de explotación sexual. En cuanto a la cuarta modalidad, en el Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes es la pornografía infantil, cuando para el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del trabajo varía un poco. En efecto, este programa considera que la cuarta modalidad la constituye la explotación sexual por Internet, la que de forma más amplia abarca tanto la producción, distribución y tenencia de pornografía infantil como el uso de la Red para buscar un acercamiento sexual físico entre el depredador sexual y la persona menor de edad.

En el presente capítulo analizaremos distintos aspectos relacionados con la definición de la pedopornografía y su carácter comercial y doméstico para luego reflexionar acerca del perfil de los depredadores sexuales que consumen pornografía infantil y los propósitos para los que la usan. Finalmente, comentaremos sobre los canales utilizados en la Internet para difundir e intercambiar estos materiales. Sin embargo, primero abordaremos la definición de la pornografía en general antes de tratar el tema de la pedopornografía propiamente.

A. La pornografía.

Es un hecho que existe un consenso sobre los fines que tiene la pornografía. La organización no gubernamental española Acción contra la Pornografía Infantil (ACPI), en referencia

al contexto español afirma, “*si atendemos a la definición de la palabra “pornografía” que aparece en los diccionarios, descubrimos que su finalidad básica puede resumirse en dos funciones principales: «producir excitación erótico-sexual y, actuar como forma de liberación ante sociedades represivas de la sexualidad»*. Pues bien, nadie puede negar que en la España de hace 30 años, existía una cierta represión frente a todo lo referido al sexo y sus formas de expresión. Pero en la actualidad, comenzando casi el siglo XXI, nadie puede afirmar que en nuestra sociedad se esté reprimiendo la sexualidad. Los quioscos de prensa, los vídeo clubs, los sex-shops, las salas X y las cadenas de televisión no se andan con miramientos a la hora de ofrecer sexo [...] Por tanto, y dicho lo anterior, la única función que justificaría la existencia de la pornografía sería la de «producir excitación erótico-sexual», como se enunciaba en la definición”²¹. Podemos fácilmente afirmar que este mismo razonamiento se puede aplicar a muchas otras sociedades hoy en día además de la española y, ciertamente, a la sociedad costarricense.

Por su parte John Carr se refiere a la definición del New Oxford Dictionary, que determina que la pornografía es “*un material que contiene la descripción o exhibición explícitas de órganos o actividades sexuales, concebido para estimular sentimientos no tanto estéticos o emotivos como eróticos. Origen: mediados de siglo XIX: del griego pornographos, «escribir sobre prostituta», de porne «prostituta» + graphein, «escribir»*”²².

Aunque pueda existir cierto consenso para considerar que las formas más explícitas y extremas de pornografía sí son pornográficas,

21 Extraído de <www.asociacion-acpi.org> [Consulta: 16 agosto 2004].

22 CARR, John, *Pornografía infantil, una contribución de ECPAT Internacional al 2do. Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Yokohama, Japón, 17 a 20 de diciembre del 2001, p. 9.

cuando nos damos a la tarea de definir qué es pornográfico y que no lo es, la principal dificultad radica en que la respuesta depende del juicio que tenga cada uno de nosotros. Y como cada uno de nosotros percibe en forma individual está condicionado de acuerdo con nuestros valores, nuestra educación, la cultura en la que crecimos, nuestras creencias religiosas y muchos otros aspectos propios de cada quien. De igual modo, lo que haya podido ser percibido como pornográfico en un contexto dado y en una época específica, no necesariamente lo será en otro contexto y en otra época, muestra evidente de tal subjetividad.

Para ilustrar el grado de subjetividad que existe en esta materia, aún desde el punto de vista legal, revisemos lo que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. De acuerdo con la legislación federal de este país y la jurisprudencia de su Corte Suprema, la primera enmienda, que defiende la libertad de expresión, protege los materiales sexualmente explícitos. En otras palabras, en los Estados Unidos, dichos materiales pueden ser producidos y publicados en nombre del derecho a la libertad de expresión, a menos que califiquen legalmente como obscenos o que sean pedopornográficos.

La Corte Suprema ha establecido criterios para definir lo que se considera un material obsceno²³ o no. Ésta determinó en el caso *Roth v. United States* (1957) y, posteriormente, en el caso *Miller v. California* (1973) que para decidir

si un material tomado en su conjunto pudiese ser considerado legalmente obsceno, es decir, ilegal, se debía usar los siguientes criterios: el material tomado en su conjunto según estándares contemporáneos de la comunidad debe:

- Apelar a los intereses más libidinosos;
- Describir una conducta sexual de una manera abiertamente ofensiva;
- Carecer de un serio valor literario, artístico, científico, y político.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense sobre lo que constituye o no un material obsceno es importante como referencia, debemos enfatizar que cuando se trata de casos de pornografía infantil, la misma Corte ha determinado que estos tres criterios no se pueden aplicar. En efecto, en el caso *New York v. Ferber* (1982), dicha Corte, además de declarar que el uso de personas menores de edad en estos materiales es dañino para la salud mental, emocional y psicológica de estos, determinó que contrariamente al material que es catalogado legalmente como obsceno, la pedopornografía no debe reunir las tres características definidas anteriormente para ser calificada como tal y así ser declarada ilegal. En otras palabras, estos tres criterios se aplican únicamente en casos de materiales sexualmente explícitos que retratan a personas adultas. Por lo tanto, a la luz de esta jurisprudencia es incorrecto aludir a estos tres criterios como parámetros comparativos cuando se aborda el tema de la pedopornografía en otras jurisdicciones y latitudes²⁴.

23 THORNBURGH y LIN afirman que en los Estados Unidos el término “pornografía” por sí solo, como concepto legal a la luz de la primera enmienda, no tiene ningún significado. THORNBURGH, Dick, LIN, Herbert. S. (ed.), *Youth, Pornography and the Internet*, National Academy Press, Washington, 2002, pp. 86-87.

24 Tal fue el caso en RODRÍGUEZ, Alexander, “Más ley, menos derechos: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 19, año 13, agosto 2001, Costa Rica, p. 95.

B. La definición de la pedopornografía.

Tal como lo han señalado algunos, determinar lo que constituye un material pornográfico infantil va más allá de un simple ejercicio de semántica ya que puede tener consecuencias importantes. En efecto, *“definiciones incompletas o poco acertadas están teniendo como consecuencia la puesta en libertad de muchos pedófilos, que se escapan entre los grandes huecos que dejan no pocas legislaciones”*²⁵.

Es un hecho que una de las debilidades de la legislación costarricense en materia de pornografía infantil es que en el Código Penal no se ha incluido ningún artículo que defina lo que constituye pornografía infantil. Los artículos 173 y 174, en los que se tipifican respectivamente los delitos de fabricación o producción de pornografía y de difusión, solamente hacen referencia a *“...material pornográfico utilizando a menores de edad o su imagen...”* sin especificar lo que es.

Pero no solamente las definiciones incompletas tienen consecuencias negativas, sino que también las disparidades entre las definiciones usadas de un país a otro constituyen un obstáculo importante en la cooperación entre los cuerpos y agencias encargadas de perseguir y sancionar este tipo de actos. Esta disparidad entre las definiciones es en parte el reflejo de la falta de armonización entre las legislaciones en la materia.

Actualmente, la realidad es que no existe una definición única y universal, tal como ha sido señalado²⁶, de lo que constituye la pornografía

infantil, por lo que a continuación examinaremos como punto de referencia algunas definiciones, sus similitudes y diferencias.

Por un lado, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía señala en el inciso c) de su artículo 2 que *“por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*. Para efectos del Protocolo, el término “niño” se refiere a toda persona menor de 18 años.

Por el otro, el artículo 9 en el apartado 2 del Convenio del Consejo Europeo sobre la Ciberdelincuencia especifica que *“a los efectos del anterior apartado 1, por pornografía infantil se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:*

- a. Un menor comportándose de una manera sexualmente explícita;*
- b. Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;*
- c. Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita”.*

Sigue en su inciso 3) especificando que *“a los efectos del anterior apartado 2, por menor se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años”.*

25 CÁNOVAS, Guillermo, *Ladrones de inocencia*, Ed. Nuevos Escritores, Madrid, 2004, p. 79.

26 Véase “Stockholm Congress Panel Report: Child Pornography”, *Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto de 1996, sin publicar, Suecia, 1996.

Otro texto regional, la Decisión-marco relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual Infantil y la Pedopornografía²⁷, adoptada por el Consejo de la Unión Europea en el 2003, establece:

“para efectos de la decisión-marco, se entiende por:

a) “Menor” toda persona menor de 18 años;
b) “Pedopornografía”: todo material pornográfico representando visualmente:

- i) un menor real participando en un comportamiento sexualmente explícito o entregándose a ello, incluida la exhibición lasciva de las partes genitales o de la zona pública de un menor, o
- ii) de una persona real que parece ser menor entregándose a comportamientos mencionados en el punto i)
- iii) de imágenes realistas de un menor que no existe entregándose a los comportamientos mencionados en el punto i)”²⁸.

La organización internacional de policía criminal INTERPOL adoptó en 1995 la siguiente definición de la pedopornografía, “la representación visual de la explotación sexual de un niño o en sus partes genitales”²⁹. El *Standing Working Party on Offences Against Minor* (Grupo Permanente de Trabajo sobre Delitos contra Menores), grupo especializado en crímenes

contra los niños perteneciente a la INTERPOL, utiliza una definición distinta, “la pornografía es la consecuencia de la explotación o del abuso sexual perpetrado contra un niño. Puede ser definida como toda forma de representación o promoción del abuso sexual de un niño, incluidos materiales escritos o de audio, que se concentra en la conducta sexual o los órganos genitales de un niño”³⁰.

Finalmente, la organización no gubernamental Defensa de los Niños Internacional (DNI) que trabaja en pro de los derechos de las personas menores de edad, define la pornografía infantil como “la representación visual o auditiva de una persona menor de edad, para el placer sexual del usuario, con fines lucrativos o retributivos para el proveedor o intermediario; incluye la producción, la distribución, la tenencia y el uso del material”³¹.

Si analizamos el texto de las seis definiciones citadas, vemos que cada una de ellas se refiere a los siguientes aspectos:

- El tipo de representación;
- El tipo de soporte en el que el material está reproducido;
- Si la persona menor de edad es real o no;
- Si los actos representados son reales o simulados;
- El límite de edad de la persona involucrada;
- Se debe representar un comportamiento sexual explícito de la persona menor de edad.

27 De ahora en adelante “Decisión-marco”. Decisión-marco 2004/68/JAI del Consejo del 22 de diciembre del 2003 relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pedopornografía. Publicada en el JOCE del 20 de enero del 2004.

28 Artículo 1. Traducción de la autora.

29 Le Forum des droits sur l'internet, *Les enfants du Net II: pedo-pornographie et pédophilie sur l'internet*, [en línea], 25 janvier 2005, p. 6. Disponible en <<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phpml?id=844>> [Consulta: 15 febrero 2005]. Traducción de la autora.

30 FOURNIER de SAINT MAUR, Agnès, *Sexual Abuse of Children on Internet: A New Challenge for INTERPOL* [en línea]. Ponencia presentada ante la UNESCO. Sin fecha. Disponible en <www.unesco.org/Webworld/child_screen/documents/interpol_e.rtf> [Consulta: 9 setiembre 2005]. Traducción de la autora.

31 *Estudio sobre la situación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en San José y Ciudad Quesada*, DNI-sección Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003, p. 13.

A continuación retomaremos dichos aspectos uno por uno.

1. El tipo de representación.

Generalmente se distinguen diferentes tipos de representaciones pedopornográficas:

- Visuales: incluyen fotos, imágenes en papel o digitales, diapositivas, videos tradicionales o digitales, caricaturas, dibujos en papel o digitales, pinturas, etc.;
- `Audios: incluyen grabaciones de audio con voces simuladas o reales de personas menores de edad y conversaciones telefónicas;
- Escritas: incluyen todo tipo de textos (cuentos, cartas que relatan las experiencias de la “vida real” del autor, textos acompañados de historietas, etc.) que describen escenas pornográficas con personas menores de edad.

El Protocolo y el Grupo Permanente de Trabajo sobre Delitos contra Menores de la INTERPOL hacen alusión a la expresión “toda representación”; consecuentemente, contemplan las tres modalidades. En cuanto a la definición de Defensa de los Niños Internacional, esta se refiere a las representaciones auditivas y visuales, dejando por fuera la pornografía infantil escrita. Tanto el Convenio Europeo sobre Ciberdelincuencia como la Decisión-marco de la Comisión de la Unión Europea restringen su ámbito de aplicación a la pedopornografía presentada únicamente en formato visual, y eso pese a que durante el proceso de elaboración del Convenio, el Parlamento Europeo sugirió una

enmienda para que todos los tipos de pornografía infantil fueran tipificados³². Recordemos que estos dos instrumentos europeos establecen normas mínimas para los Estados partes y los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que estos tienen la libertad de establecer estándares más estrictos en sus respectivas legislaciones y así tipificar todas las formas de pornografía infantil en su legislación si así lo decidieran.

Acerca de la pedopornografía escrita la organización no gubernamental Acción contra la Pornografía Infantil señala que *“aunque pudiera parecer una paradoja, el contenido más peligroso de la pornografía infantil no se encuentra sólo en sus fotografías y filmaciones, sino también en sus escritos. En los textos que acompañan a los reportajes es donde se desarrolla, hasta la saciedad, la apología de la violación y la incitación a la violencia sexual. Los abusos y la violación son defendidos como una práctica sexual natural”*³³. Los relatos, al igual que las fotografías, tienen como objetivo estimular sexualmente al lector y la misma organización continúa afirmando que *“para los adictos y aficionados a la pornografía, la originalidad y el contenido de los relatos son fundamentales, hasta el punto de que ya existe más de una publicación de este tipo que dedica el 70 % o el 80 % de su espacio al texto, y sólo una cuarta parte a las fotografías”*³⁴. El Código Penal español, en su artículo 189, utiliza la expresión “cualquier clase de pornografía”, por lo tanto la pedopornografía escrita es ilegal en ese país. En cambio, en Gran Bretaña la

32 Según la enmienda 3, artículo 1, párrafo b: “(b) ‘Child pornography’ shall mean (i) any audiovisual, textual and written material of whatever type, such as photographs, fake photographs, films, videos, cinema films, drawings and computer data created by electronic, mechanical or any other means and which:...” . Parlamento Europeo, *Report on the Proposal for a Council Framework Decision on Combatting the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography*, A5-0206/2001, 31 May 2001.

33 Extraído de <<http://www.asociacion-acpi.org>> [Consulta: 16 agosto 2004].

34 Ibid.

legislación vigente no considera ilegal este tipo de textos escritos³⁵.

En relación con la pornografía visual, el proyecto COPINE³⁶ del Departamento de Psicología Aplicada de la Universidad de Cork (Irlanda) y su equipo de investigadores se dedican al estudio de la explotación sexual de las personas menores de edad en la red de Internet desde el área de la psicología. Uno de sus ejes de trabajo implica el análisis forense de los materiales visuales (fotos y videos) ofensivos. Para esos efectos han elaborado un sistema de clasificación de los tipos de fotos encontradas en las colecciones de los consumidores³⁷ de pornografía infantil que tienen en sus bases de datos. Tal sistema permite ordenar el material por categorías según sus características -desde las formas “menos ofensivas” hasta las más ofensivas- las que enumeran del uno al diez. Las fotografías que implican a personas menores de edad en actos de bestialidad y masoquismo (consideradas las formas más extremas de pornografía) tienen el más alto puntaje³⁸.

Taylor, Quayle y Holland, investigadores del proyecto, plantean que una de las dificultades que han encontrado radica en que las fotografías que en la mente de un depredador tienen una connotación sexual, no necesariamente poseen características formales que hacen que puedan ser consideradas legalmente como pornográficas³⁹. Es

decir que los adultos que tienen un interés sexual en las personas menores de edad pueden poseer fotografías de personas menores de edad en traje de baño, las cuales, si aplicamos los criterios que generalmente exigen las leyes vigentes en todos los países no calificarían como pornografía infantil. En efecto, las legislaciones en la materia requieren que el material retrate o reproduzca una persona menor de edad de una forma sexualmente explícita⁴⁰. Y en los ojos y la mente de cualquier adulto que no tenga un interés sexual en personas menores de edad, unas fotografías de niños en traje de baño no apelan a su instinto sexual. Taylor, Quayle y Holland enfatizan que este punto tiene gran relevancia en el plan legal, especialmente desde el punto de vista probatorio para las fuerzas de policía y agencias encargadas de perseguir este tipo de delitos⁴¹.

El tema de la producción y distribución de videos de pornografía infantil ha sido poco investigado. Los investigadores arriba mencionados afirmaban en el 2001 que existían motivos para creer que la producción de videos era una de las fuentes primarias contemporáneas de pornografía infantil, y que Internet servía como medio para distribuir estos videos y no tanto para producirlo. Sin embargo también afirmaban que con el desarrollo de la tecnología de la fotografía digital este hecho podría cambiar⁴².

35 Véase la Sexual Offence Act 2003.

36 COPINE significa “Combating Paedophile Information Networks in Europe” y como proyecto se inició en 1997. Perteneció al *Child Studies Unit, Department of Applied Psychology, University College Cork*, Irlanda.

37 Veremos más adelante que una práctica corriente entre los consumidores de pornografía infantil es la de coleccionar fotografías, y todo tipo de recuerdos y “trofeos”.

38 Para mayores detalles véase TAYLOR, Marc, HOLLAND, Gemma y QUAYLE, Ethel, “Tipology of Paedophile Pictures Collections” [en línea], p. 5 en *Police Journal*, 2001, 74, 74(2), pp.97-107. Disponible en <www.copine.ie/publicationd.php> [Consulta: 5 setiembre 2004].

39 En la escala elaborada por el proyecto COPINE, estas fotografías están ubicadas en las primeras categorías.

40 TAYLOR, QUAYLE y HOLLAND, op. cit.

41 Ibíd.

42 Ibídem.

Otro ejemplo de una forma relativamente nueva de abuso sexual consiste en organizar una pelea de lucha libre entre personas menores de edad, generalmente menores de 10 años, donde luchan desnudos o en traje de baño. Durante estos encuentros, los adultos presentes pueden tomar fotografías o videos que posteriormente, constituyen para ellos un recurso valioso para ser difundido e intercambiado en la red de redes en los círculos de depredadores sexuales. Según datos proporcionados por Giorgio Stefano Manzi, Mayor del cuerpo de Carabineros italianos, ya se ha desmantelado un círculo de depredadores sexuales cuyos miembros organizaban este tipo de luchas entre niños. Estos se encontraban activos en un grupo del buscador Yahoo (*Yahoo group*)⁴³.

Como ya hemos señalado al inicio de este capítulo, la legislación costarricense no define lo que constituye un material pedopornográfico. Si analizamos el contenido de los dos artículos que regulan los delitos relacionados con la pornografía infantil encontramos, por un lado, que el artículo 174 que regula la difusión de pedopornografía se refiere a materiales “en el que aparezcan personas menores de edad o donde se utilice su imagen”. Las palabras “aparezcan” e “imagen” parecen indicar que la acción de difundir se aplica únicamente a materiales pedopornográficos de tipo visual. Por lo tanto significaría que no es delito difundir pedopornografía escrita y auditiva. Por otro lado, el artículo 173 (fabricación de pornografía) hace alusión a materiales donde “se utiliza a personas menores o su imagen”. Hay muchas formas de

“utilizar” a personas menores de edad, grabando su voz, dibujando su figura, filmándolas, usándolas como personajes en un cuento, etc., lo que parece indicar que el artículo 173 tipifica todas las modalidades de pedopornografía. Llegando a esta misma conclusión, pero por razones distintas, Alexander Rodríguez C., letrado de la Sala de Casación Penal, en su análisis de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad comenta, sobre el mismo artículo, que *“fabrica tanto el que por su cuenta origina o reproduce material pornográfico, como el que financia la producción o fabricación. Incluso, entran en el término acciones como escribir, filmar, retratar, dibujar, editar la voz o imagen de un menor”*⁴⁴. En síntesis, parece que la legislación penal costarricense castiga la fabricación de las tres modalidades de pedopornografía y la difusión de solamente las representaciones visuales de este tipo de pornografía.

2. El tipo de soporte en el que el material está reproducido.

Acabamos de comentar que existen tres categorías de representaciones de material pornográfico, sin embargo, estas pueden ser reproducidas tanto en un formato digital como no digital. Por formatos no digitales nos referimos al material pornográfico que es reproducido tradicionalmente en papel o cinta ya sean dibujos, fotos, textos, videos, películas, o grabaciones de audio. No obstante, hoy en día los recursos tecnológicos existentes permiten que la misma fotografía, el mismo video, el mismo

43 Los datos sobre esta forma de abuso han sido proporcionados por el Mayor Giorgio Stefano MANZI del Cuerpo de Carabineros de la policía italiana, en una ponencia sobre “Internet and Child Pornography”, dictada en la *Reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, UNICEF, OIT/IPEC, IIN, ECPAT, PANI, Gobierno de Costa Rica, CONACOES, San José, Costa Rica, 18-20 mayo 2004.

44 RODRÍGUEZ, op. cit., p. 95.

dibujo pueda ser fabricado, distribuido, vendido, poseído o almacenado en un formato digital.

Vimos que en la definición planteada en el artículo 2 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía se usa los términos “por cualquier medio”, en cambio en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia y en la Decisión-marco se usaron respectivamente las expresiones “por medio de un sistema informático” e “implicando o no el uso de un sistema informático”. Las definiciones tanto de la INTERPOL como de DNI no hacen referencia a este aspecto. En cuanto al Código Penal español, en su artículo 189 inciso a) se estipula que *“el que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades...”*.

Las palabras “medios” y “soporte” hacen referencia al tipo de soporte en el que el material cuestionado es o ha sido reproducido. En efecto, cuando se utiliza el término “por cualquier medio” o “cualquiera que sea su soporte” se debe interpretar que se abarcan la pedopornografía tanto en un formato digital como no digital sin excepción. En otras palabras, en estos casos, todos los tipos de soporte son ilegalizados, desde los más tradicionales hasta los más avanzados tecnológicamente.

Cuando hablamos de pornografía infantil que circula en Internet nos referimos a un material

con un contenido considerado ilegal⁴⁵ que es distribuido, intercambiado, producido, adquirido o poseído por medio de lo que se denomina un sistema informático o archivado en un medio de almacenamiento de datos informáticos. El artículo 1 del Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia define “sistema informático” como *“todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa”*.

El Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica (2001) señala que *“la ausencia del término «Internet» en la legislación penal nacional, como se explicará en el apartado sobre la Ley contra la Explotación Sexual Infantil, favorece la impunidad de los delitos relacionados con pornografía infantil”*⁴⁶. Y más adelante continúa: *“otro aspecto de la Ley contra la Explotación Sexual Comercial de Personas Menores de Edad que se requiere analizar es el relativo a los delitos de fabricación o producción de pornografía y de difusión de pornografía, en relación con dos aspectos: si bien los tipos penales mencionados definen todas las actividades que implican la fabricación y producción de material en las que se utilicen menores de edad o su imagen, y la exhibición de material pornográfico a personas menores de edad, estas actividades quedan por fuera cuando se desarrollan por medio de Internet”*⁴⁷.

Posteriormente a la publicación de dicho informe, a finales del 2001 se reformó el artículo

45 Los ciberdelitos se dividen entre varias categorías que mencionaremos más adelante. Una de esas categorías contempla los “delitos relacionados con el contenido” entre los cuales se encuentra la pornografía infantil.

46 *Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica*, Universidad de Costa Rica/ UNICEF, 1ª ed., San José, Costa Rica, 2001, p. 199.

47 *Ibíd.*, p. 210.

174 del Código Penal agregándose un segundo párrafo para que se tipificara la difusión de pornografía infantil⁴⁸. En esta ocasión se incluyó la expresión “por cualquier medio”, es decir que a partir de ese momento en Costa Rica es delito difundir pedopornografía tanto por un medio informático como por cualquier otro medio.

En cambio, en cuanto al delito de fabricación o producción de pedopornografía la duda persiste en cuanto a si, como lo señaló el Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica, un material producido por medio de un sistema informático quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 173. Sin embargo, en el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, que analizaremos en detalle en otro capítulo más adelante, los tribunales sentenciaron a uno de los imputados por producción de pedopornografía señalando que había usado las herramientas disponibles en el laboratorio de audiovisuales de la Universidad de Costa Rica para realizar tales labores. En efecto, esta persona había producido el material usando una cámara de 8 mm, para luego congelar las imágenes en la computadora y editarlas. Asimismo había recopilado y almacenado estas imágenes en discos compactos, las que a su vez habían sido complementadas por fotografías que había descargado de Internet. Todo este material fue decomisado en el disco duro de la computadora del mismo laboratorio donde estaba almacenado. A la luz de los hechos en este caso, en el que no cabe duda que el material fue producido mediante el uso de un sistema informático y pese al vacío en el texto del artículo antes señalado en el Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica, los jueces han interpretado que el artículo 173 sí tipifica la

producción de pedopornografía por medio de un sistema informático.

3. La pseudopornografía: la condición de persona menor de edad como objeto de las representaciones.

Parece obvio afirmar que la pornografía infantil no podría calificarse como tal si en sus distintas modalidades no estuviese representada una persona menor de edad. Sin embargo, aunque pueda ser sorprendente, en este contexto lo que constituye o no la imagen de una persona menor de edad no es tan evidente y plantea retos en el ámbito legal.

Tomemos como punto de partida la definición del artículo 9 inciso 2) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el que dispone “... *por pornografía infantil se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:*

- a) *Un menor comportándose de forma sexualmente explícita;*
- b) *Una persona que parezca un menor comportándose de forma sexualmente explícita;*
- c) *Imágenes realistas que representen a un menor comportándose de forma sexualmente explícita”.*

Dicho de otro modo, este Convenio considera ilegales materiales pedopornográficos cuando representan:

- Una persona menor de edad; o
- Una persona que es mayor de edad pero el retrato da la impresión de que es menor; o
- Una persona que no es una persona real pero parece serlo.

48 Véase el Diario Oficial La Gaceta del 21 de noviembre del 2001, ley N° 8143 del 5 de noviembre del 2001.

El primer caso no plantea dificultades ya que se refiere a la pornografía infantil tradicional en la que se retratan a personas menores reales. El último punto, sin embargo, hace referencia a una modalidad de pornografía infantil llamada pseudopornografía que ha provocado debates. El procedimiento denominado en inglés *morphing* se refiere estrictamente hablando a la alteración digital de imágenes (imágenes retocadas). De este modo, por ejemplo, mediante el uso de programas especializados se fabrica la imagen de una persona tomando la imagen del cuerpo de un adulto varón real que se comporta de una forma sexualmente explícita, dándole características propias de un varón menor tales como rasgos más juveniles, ausencia de vello púbico, disminución del tamaño de los genitales, etc., con retoques digitales.

Otro tipo de manipulación digital consiste, por un lado, en crear imágenes completamente digitales de personas menores de edad en escenarios sexuales y, por el otro, en superponer imágenes de personas reales que no están relacionadas entre sí y que no están ubicadas en escenarios sexuales. Por ejemplo, la imagen de un niño que sostiene un juguete es importada de otra fotografía para ser superpuesta con la imagen de un varón adulto desnudo a fin de dar la impresión de que el menor sostiene el pene del adulto⁴⁹. El producto final de todas esas técnicas en una imagen es una persona que parece real, que parece ser menor de edad y que parece comportarse de una forma sexualmente explícita.

En síntesis, podemos distinguir tres categorías de pseudopornografía: la primera consiste en retratar personas creadas por completo de

forma digital; la segunda representa a personas cuyos rasgos han sido retocados de tal modo que terminan siendo otras personas; y la tercera consiste en colocar imágenes “no sexuales” de personas menores de edad reales en escenarios sexuales. En los primeros dos casos está claro que las personas retratadas en el material pedopornográfico no existen como tales, sin embargo, en el tercer caso, los menores retratados sí existen realmente aunque sus imágenes hayan sido colocadas en escenarios en los que originalmente no se encontraban. Aclaremos que esta clasificación tiene fines didácticos, ya que en la realidad podemos encontrarnos con materiales en los que se han usado varias de esas técnicas a la vez.

Los argumentos usados a menudo por los defensores de la ilegalización de la pseudo-pornografía son que, por una parte, la calidad de estas imágenes es tal que hace que sea imposible distinguir cuáles son reales y cuáles no lo son y, por la otra, que el uso que los depredadores sexuales le dan a la pseudopornografía es el mismo que le darían a cualquier otra fotografía de pornografía infantil.

“¿Cómo podría esperarse que alguien aprecie la diferencia entre dos imágenes, una basada en acontecimientos reales y otra producto de la manipulación mediante computadora, cuando ambas muestran actos básicamente similares y parecen igualmente auténticas? Cualquier concepto de diferencia basado en oponer la artificialidad de una imagen a la realidad sería de naturaleza puramente abstracta, y no resultaría en absoluto evidente al observador”⁵⁰.

Otro aspecto que siembra dudas en el ámbito legal cuando se habla de la pseudopornografía

49 Ejemplos citados en TAYLOR, HOLLAND y QUAYLE, op. cit.

50 CARR, op. cit., p. 19.

es el hecho de que, salvo que sean imágenes reales superpuestas, en este tipo de materiales no existe una víctima material ya que la imagen de la persona en la fotografía no es real sino creada o alterada. Eso da pie para que algunos argumenten que al no haber víctima real no puede haber delito. Otros opinan que para estos casos poco importa si la víctima es real o no ya que lo que debería prevalecer es la voluntad de la sociedad de impedir que estas imágenes, al igual que las reales, se conviertan en un instrumento más de promoción de este tipo de pornografía entre la comunidad de depredadores sexuales y en una herramienta que también puede ser usada para desinhibir a menores durante el proceso de seducción (*grooming*) que se lleva a cabo para convencer a la persona menor de dejarse retratar en conductas explícitamente sexuales.

“La definición de la pornografía infantil debe tomar en cuenta todos los nuevos desarrollos tecnológicos y los métodos modernos usados por los perpetradores de ese crimen. Para poder establecer un marco integrado de lo que constituyen o no las conductas castigables en relación con implicar a personas menores de edad y retratarlas en pornografía, es necesario, por un lado proteger a los niños como víctimas inmediatas y, por el otro, perseguir cualquier representación que pueda dar la impresión de ser pornografía infantil, aunque ningún niño esté realmente involucrado. Tales materiales son una amenaza contra la gravedad de los crímenes cometidos contra la niñez e inducen a los usuarios potenciales a pensar que en estos casos no están satisfaciendo sus

tendencias pedofílicas y, por lo tanto, promueven la explotación de los niños. Una protección efectiva de los niños contra la pornografía desde el ámbito penal solamente puede ser alcanzada si la definición de estos delitos cubre no sólo la producción de representaciones involucrando a niños sino también las representaciones de otras personas que dan la impresión de ser niños, así como de materiales de pornografía virtual (mediante la fusión de imágenes o la composición por computadora) (enmienda1). Aunque pueda ser comprobado que las personas representadas de esa forma en el material no eran niños (enmienda 6), o que el material pornográfico ha sido producido con medios electrónicos, esto no debería ser una justificación para considerar que esta conducta no es un delito penal”⁵¹.

Con una postura opuesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el famoso caso de *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002)⁵², determinó que la prohibición de la pseudopornografía establecida por algunas disposiciones de la ley denominada *Child Pornography Prevention Act of 1996*⁵³ (CPPA) era anticonstitucional. En efecto, la CPPA tipificaba tanto la pornografía de personas menores de edad reales como la pseudopornografía. Sin embargo, la Corte argumentó que el hecho de que fuera difícil, por un lado, distinguir entre la pseudopornografía y la pornografía de niños reales y, por el otro, de comprobar que no se había usado un niño real tal como argumentaba el gobierno no podía justificar la prohibición de un material en el cual no se usaban personas menores reales⁵⁴.

51 Informe del Parlamento Europeo, *Report on the Proposal for a Council Framework Decision on Combatting the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography*, A5-0206/2001, 31 May 2001, p. 27. Traducción de la autora.

52 Véase la sentencia *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).

53 Literalmente “Ley de Prevención de la Pornografía Infantil”.

54 La Corte estableció que, “*in contrast to the speech in Ferber, [the] CPPA prohibits speech that records no crime and creates no victims by its production. Virtual child pornography is not “intrinsically related” to the sexual abuse of children, as were the materials in Ferber. While the government asserts that the images can lead to actual instances of child abuse, the causal link is contingent*

Agregó además que la prohibición de la pseudopornografía implicaba una disminución substancial de la libertad de expresión protegida por la primera enmienda lo que hacía que la CPPA era demasiado amplia y anticonstitucional. En parte como respuesta a dicha jurisprudencia, se redactó una ley denominada la 2003 PROTECT Act⁵⁵ la que, entre otras cosas, prohibió de nuevo la pseudopornografía. Esta vez la 2003 PROTECT Act utilizó como artifice legal el concepto de material obsceno, ya que la Corte Suprema se había negado a considerar la pseudopornografía como pedopornografía. Recordemos que según la jurisprudencia de la Corte y la legislación federal, en los Estados Unidos materiales sexualmente explícitos son ilegales en tanto califiquen como obscenos o como pedopornografía.

En cuanto a otros ejemplos de legislaciones existentes sobre el tema, como es de esperar, todavía hoy en día muchos países continúan sancionando penalmente las formas tradicionales de pornografía infantil tipificando esta conducta cuando se retrata únicamente a personas menores de edad reales, lo que constituye una debilidad frente a una comunidad de depredadores sexuales que están pendientes de los recursos tecnológicos disponibles en el mercado para usarlos a su favor, lesionando así los derechos de las personas menores de edad. Este es el caso, por ejemplo, en El Salvador, pese a que este país aprobó en noviembre del 2003 una reforma a su Código Penal relativa a los delitos de explota-

ción sexual comercial de las personas menores de edad⁵⁶.

En relación con Costa Rica, cuando la Defensoría de los Habitantes fue consultada, en el 2001, sobre el proyecto de adición de un segundo párrafo al artículo 174, que pretendía regular la difusión de pedopornografía, recomendó que se agregara la expresión “o la imagen de persona menor de edad” al texto original sometido a su consulta y que rezaba así, *“la misma pena se impondrá a quien exhiba o difunda por cualquier medio material pornográfico en el que aparezcan menores de edad”*⁵⁷. Tal recomendación fue escuchada por los legisladores quienes modificaron el párrafo de acuerdo con lo sugerido. La Defensoría de los Habitantes justificó este cambio argumentando que *“lo que se pretende evitar es que haya una interpretación en los tribunales muy restrictiva de la persona menor de edad y no se incluyan los elementos que hacen referencia a su imagen, en especial a las alteraciones que se pueden hacer con la nueva tecnología, tan comunes en Internet”*⁵⁸, y que *“en síntesis lo que se quiere evitar es que se utilicen imágenes adulteradas argumentando que no son de la persona menor de edad, sino aspectos de su imagen”*⁵⁹.

Sin embargo, pese a la aseveración por parte de la Defensoría de los Habitantes de que la inserción del término “imagen de la persona menor de edad” permitiría tipificar los casos de difusión de pseudopornografía, no resulta tan obvio

and indirect. The harm does not necessarily follow the speech, but depends upon some unquantified potential for subsequent criminal acts” en THORNBURGH y LIN, (ed.), op. cit., p. 98. 55 Las siglas PROTECT son la abreviación de “Prosecuted Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act”.

56 Las siglas PROTECT son la abreviación de “Prosecuted Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act”.

57 Véase los artículos 173 y 173A del Código Penal relativos a la pornografía infantil.

58 Véase nota de la Defensoría de los Habitantes del 5 de febrero del 2001 dirigida a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Expediente legislativo N° 13.909.

59 Ibid.

60 Ibidem.

que sea así. Debido a que utiliza la expresión “su imagen”, se puede interpretar que la norma existente se refiere estrictamente a la imagen de la persona menor de edad real a la que el texto hace referencia anteriormente y no a la imagen de cualquier menor, lo que automáticamente excluiría los casos de pseudopornografía donde se retratan personas menores no reales. En efecto, el texto de los artículos 173 y 174 del Código Penal que regulan las conductas relacionadas con la pedopornografía, hace referencia a “personas menores de edad”. Por lo tanto, creemos que se podría argumentar fácilmente que esos tipos se refieren únicamente a materiales que representan a personas reales, ya que la imagen de una persona menor creada o alterada digitalmente es la imagen de “algo” que no existe.

Esta duda se podría solventar si se usara en el texto del mencionado artículo los términos “imágenes realistas” o “imágenes alteradas o modificadas” en lugar de “su imagen” tal como se hace en el artículo 9 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia y en la legislación penal española, por ejemplo. Cabe mencionar que este razonamiento también es válido para los casos de fabricación o producción de pornografía tipificados en el artículo 173, en el que de igual modo se hace referencia a la utilización de “personas menores de edad o su imagen”.

Por estas razones, a nuestro criterio, la actual legislación penal costarricense solamente tipifica los casos de pedopornografía en los que se utiliza a personas menores reales, lo que incluye solamente la modalidad de pseudopornografía donde se superponen imágenes de personas menores reales en escenarios ficticios, tal como hemos

mencionado. Consecuentemente, las imágenes completamente digitales y las imágenes alteradas de pedopornografía no son ilegales. En todo caso, serán los tribunales de justicia los que, en última instancia, tendrán que resolver este aspecto.

Tanto en el Reino Unido⁶⁰ como en España la legislación penal tipifica claramente los casos de pseudopornografía al igual que las imágenes reales. En ese sentido, el artículo 189, inciso 7) del Código Penal español dispone que “*será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada*”.

Finalmente, cabe mencionar que se han emitido dudas acerca de si el Protocolo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía prohíbe o no la pseudopornografía. “*Sin embargo a tenor de las palabras utilizadas no resulta evidente que dicha definición [la definición de pornografía infantil en su artículo 2] abarque todas las imágenes creadas artificialmente, por ejemplo, la pornografía pseudoinfantil, en la que no participa necesariamente un verdadero menor. En la medida que tal sea el caso, se trata de un punto débil que debería subsanarse*”⁶¹.

Si fuera el caso y aunque sería una debilidad de este instrumento tal como indica el autor de la cita anterior, aún así debemos recordar que el Protocolo establece estándares mínimos lo que implica que aunque no sería una norma

60 La Sexual Offence Act 2003 especifica en su párrafo 79 inciso 5) que “*References to an image of a person include references to an image of an imaginary person*”.

61 CARR, op. cit., p. 12.

impuesta por el Protocolo, cualquier Estado parte del Protocolo podría decidir tipificar la pseudopornografía si así fuera su deseo.

Recién mencionamos las modalidades de pornografía infantil donde las personas retratadas no son personas reales; pero el inciso 2) del artículo 9 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia también tipifica los casos en los que se usan o producen materiales pedopornográficos de personas mayores de edad pese a ser representadas de tal modo que dan la impresión de ser personas menores de edad. En estos casos, de nuevo, los redactores del Convenio usaron el mismo razonamiento que en los casos de pseudopornografía. Lo que prevalece es la necesidad de ilegalizar cualquier material que dé la impresión de que hay una persona menor retratada, a fin de no dejar ninguna posibilidad a los depredadores sexuales de usar artificios legales para estar a salvo de las leyes penales. De esta manera, se impide que se siga promoviendo de un modo u otro la explotación sexual de las personas menores de edad como si fuera una práctica normal y sana. En la legislación costarricense no se contempla esa modalidad de pedopornografía como tipo penal.

4. La edad legal a partir de la que se puede participar en materiales pornográficos y la edad de consentimiento para tener relaciones sexuales.

Todas las definiciones de pornografía infantil se refieren a un límite etario debajo del cual es ilegal representar a una persona en conductas sexualmente explícitas.

Todos los ordenamientos jurídicos establecen diferentes edades a partir de las cuales un individuo tiene la capacidad de ejercer ciertas actividades y derechos, y también es sujeto de

responsabilidad penal. En efecto, puede existir una edad legal para votar y otras distintas para conducir, casarse, ser condenado penalmente, o tener relaciones sexuales. En ciertos casos, estas edades coinciden. Generalmente la mayoría de edad concuerda con la edad legal para ejercer el voto. En otros casos no; por ejemplo, muchas legislaciones penales establecen que una persona puede ser juzgada y condenada a penas de cárcel a partir de los 13 o 14 años, cuando aún está lejos de alcanzar la mayoría de edad. Lo que motiva estas diferencias son criterios muy subjetivos los cuales son influidos por el contexto cultural, el momento histórico, las creencias religiosas, las políticas penales y muchos otros factores.

Específicamente sobre el tema de la edad a partir de la cual se puede tener relaciones sexuales consensuadas legalmente y la mayoría de edad, debemos aclarar que en muchos países estas no coinciden. Es más, un número importante de países también establece en sus respectivas legislaciones una edad a partir de la que se puede participar legalmente en materiales pornográficos. Cuando se usa a personas con edades inferiores a lo establecido por ley, se considera que el material califica como pornografía infantil, por lo tanto es de contenido ilegal y, consecuentemente, las personas que lo producen, difunden, comercializan o poseen son susceptibles de enfrentar las consecuencias legales correspondientes, según la legislación vigente en cada país.

A continuación presentamos un cuadro comparativo de las normas penales vigentes en una muestra de países relativas a la edad legal para tener relaciones sexuales -siempre y cuando sean consensuadas- y la edad legal a partir de la que se puede retratar a una persona en materiales pornográficos.

**Cuadro comparativo de la edad de consentimiento
a partir de la cual se puede legalmente tener relaciones sexuales
y se puede ser representado legalmente en materiales pornográficos⁶²**

Países	Edad legal para tener relaciones sexuales consensuadas ⁶³	Edad legal para poder participar en materiales pornográficos ⁶⁴
Chile	14 años ⁶⁵	18 años ⁶⁶
Colombia	14 años	18 años
Perú	14 años	18 años
Cuba	12 años	No hay
República Dominicana	18 años	18 años
Costa Rica	15 años ⁶⁷	18 años
El Salvador	15 años ⁶⁸	18 años
Guatemala	12 años	No hay
Honduras	14 años	18 años ⁶⁹
Nicaragua	14 años	No hay ⁷⁰
Panamá	14 años	18 años
México ⁷¹	12 años ⁷²	18 años

62 Los datos que a continuación se despliegan se basan a las legislaciones vigentes en abril del 2006.

63 En la mayoría de las legislaciones no se define en una norma específica cuál es la edad legal para tener relaciones sexuales consensuadas por lo que se tiene que inferir esa edad de las normas existentes en materia de delitos sexuales.

64 Donde se indica “no hay” significa que no existe una legislación específica que regula el tema de la pornografía infantil.

65 Artículo 363 del Código Penal chileno. La relación sexual con una persona mayor de 14 años y menor de 18 años es ilegal si existe una perturbación mental de la víctima, una relación de dependencia entre el agresor y la víctima, o si se abusa de la inexperiencia sexual o del grave desamparo de la víctima.

66 El artículo 366 quinquies del Código Penal chileno determina: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo [...]”.

67 Sería delito tener relaciones sexuales con una persona entre 15 y 18 años aún con su consentimiento y sin que haya violencia, si el perpetrador fuese un ascendiente, hermano, hermana, tío, tía, tutor o guardador según los términos del artículo 159 del Código Penal.

68 Artículo 163 del Código Penal

69 La legislación hondureña en materia de delitos sexuales fue reformada mediante la adopción del Decreto No. 234-2005 del 28 de setiembre del 2005.

70 El 7 de abril del 2006 los diputados nicaragüenses aprobaron la introducción en el Proyecto de Nuevo Código Penal, de varias reformas a las normas actualmente vigentes en materia de delitos sexuales y de delitos de explotación sexual comercial infantil. Una de esas reformas consiste en calificar como pedopornografía materiales de naturaleza pornográfica que representan a personas menores de 18 años y tipificar varias conductas relacionadas con su producción, difusión y tenencia. A octubre del 2006, el Nuevo Código no está vigente todavía.

71 Nos referimos a la legislación federal.

72 No es delito tener cópula (introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral) consensuada con una persona entre 12 y 18 años al menos que la víctima sea incapaz de comprender el significado del hecho, que se haya usado violencia, que el perpetrador sea un ascendiente, hermano/a, o que se haya obtenido el consentimiento por medio de engaño según los términos de los artículos 261, 262, 266 y 271 del Código Penal Federal mexicano.

Países	Edad legal para tener relaciones sexuales consensuadas	Edad legal para poder participar en materiales pornográficos
Francia	15 años	18 años
España	13 años	18 años
Bélgica	16 años	18 años
Suecia	15 años	18 años
Dinamarca	15 años	18 años
Finlandia	16 años	18 años
Reino Unido	16 años	18 años
Estados Unidos ⁷³	16 años	18 años

Vemos que en los países de la muestra escogida, excepto cuando no hay una legislación específica en la materia, todos legislaron de tal modo que hicieron coincidir la mayoría de edad -generalmente 18 años- con la edad legal a partir de la que se puede representar a una persona en materiales pornográficos. Esta tendencia ya fue señalada por Carr⁷⁴ y se acopla a lo que dispone el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía que, para tales efectos, establece como límite sin excepciones los 18 años. Asimismo el Convenio sobre la Ciberdelincuencia en el inciso 3) de su artículo 9 establece que la edad para poder ser representado en material pornográfico debe ser los 18 años; sin embargo, en el mismo inciso deja la libertad a los Estados partes de establecer un límite por debajo de los 18 años, siempre y cuando no sea menor de los 16 años.

Carr afirma que el elemento fundamental de la ilegalidad de la pornografía infantil, como figura jurídica, es la premisa según la cual se considera que ninguna persona menor de edad -tal y como ha sido definida en la Convención y el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo, es decir, una persona menor de 18 años- está en condición de dar su libre consentimiento para par-

ticipar en esta actividad, aunque en apariencia lo haga⁷⁵. En cambio, consta en el cuadro, la mayoría de los países citados consideran que sí puede haber libre consentimiento, aún siendo una persona menor de edad, cuando se trata de tener relaciones sexuales consensuadas ya que casi todos establecen para tales efectos un límite etario por debajo de la edad de mayoría legal. En otras palabras, desde el punto de vista legal, la condición de menor de edad no impide que se pueda consentir libremente en tener relaciones sexuales.

Es importante recordar que lo que explica esta situación es que, cuando se legislan aspectos relacionados con la pornografía infantil, se busca criminalizar actividades mediante las cuales se explota y abusa sexualmente a personas menores de edad y no se busca criminalizar la actividad sexual consensuada y legal de las personas menores de edad, pese a que como Carr señala, *“en algunos países, los policías parecen partir de la presunción operativa de que si una persona tiene la edad suficiente para tener legalmente actos sexuales, cualquier representación de dicho acto no puede constituir pornografía infantil y, por tanto, sobre esta base, no existen fundamentos para llevar a nadie o juicio, o elementos para una intervención”*⁷⁶.

73 Nos referimos a la legislación federal.

74 CARR, op. cit., p. 12.

75 Ibíd., p. 11. Traducción de la autora.

76 Ibídem.

Sobre este tema, los miembros del Parlamento Europeo que redactaron un informe acerca de lo que en ese momento era un borrador del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, afirmaron que *“el término «niño» debía ser usado en un sentido amplio incluyendo a cualquier persona menor de 18 años. Esto concuerda con lo establecido en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El hecho de que en numerosos países miembros la edad legal para consentir en tener relaciones sexuales sea inferior a los 18 años no significa que debemos definir lo que es un niño tomando como referencia una edad menor a aquella ya que la Decisión-marco se preocupa por combatir la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, y no simplemente su actividad sexual. Identificar la explotación sexual con la edad de consentimiento para tener relaciones sexuales tendría como consecuencia promover una tendencia peligrosa hacia la no criminalización de ciertos casos de conductas criminales por lo que debemos ser cuidadosos para evitar que esto pase”*⁷⁷.

Parece que respecto al tema de los límites de edad, el criterio seguido por la Asamblea Legislativa costarricense fue el establecido en el Protocolo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía tanto durante los debates para la aprobación de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, en 1999, como en el 2001, durante la adopción del segundo párrafo del artículo 174 que tipifica la difusión de pedopornografía. En estas dos ocasiones, los

representantes del partido político Movimiento Libertario introdujeron varias mociones que proponían bajar el límite de edad a partir del que sería legal ser representado en materiales pornográficos. En 1999 propusieron que fuera a los 17 años y en el 2001 a los 15; luego, cuando esta segunda propuesta fue rechazada, presentaron una moción para que fuera a los 16 años. La mayoría de los diputados presentes en las respectivas comisiones a cargo optaron en las dos ocasiones por mantener el límite de 18 años, por lo que todas estas mociones fueron rechazadas⁷⁸.

Finalmente, es común leer en la propaganda que hacen los que promocionan las relaciones sexuales entre personas adultas y personas menores de edad, su oposición a la existencia de edades mínimas de consentimiento, considerándolas “trabas legales”. Por ejemplo, en una carta desplegada en la página Web de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, desmantelada por las autoridades costarricenses, se estipulaba *“estoy radicalmente en contra de las edades de consentimientos y demás leyes que prohíben este tipo de relaciones sexuales [entre personas adultas y personas menores de edad]”*. Firmaba *“un pedófilo anónimo”*⁷⁹.

5. El comportamiento sexualmente explícito de la persona menor de edad.

Por un lado, es importante aclarar que toda expresión o imagen de la desnudez de un menor de edad no necesariamente está vinculada con la

77 Informe del Parlamento Europeo, op. cit., p. 27. Traducción de la autora.

78 Véase, por ejemplo, el acta N° 5 del 9 de junio del 1999. Las mociones del diputado Otto Guevara Guth ante la Comisión Legislativa Plena Primera. Expediente legislativo N° 13.389 “Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad”, y las mociones del diputado Guevara Guth en el expediente legislativo N° 13.909 “Adición de un párrafo segundo al Artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970”, Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, enero 2001, p. 48.

79 En un capítulo posterior analizaremos en detalle este caso y sus alcances legales.

intención de representar conductas sexualmente explícitas. Vemos, por ejemplo, el caso de las representaciones artísticas, de los álbumes de fotos familiares y de los íconos religiosos (ángeles, querubines, etc.).

Por el otro lado, todas las definiciones de lo que constituye pornografía infantil hacen referencia de un modo u otro a representaciones de las personas menores en un comportamiento sexualmente explícito. Dependiendo de la legislación vigente en cada país, la expresión “una forma sexualmente explícita” generalmente incluye una gama variada de conductas que abarca desde la masturbación hasta las relaciones con animales, pasando por actos sadomasoquistas. Es irrelevante si estos actos son reales o simulados o cuál es el sexo de los protagonistas. Asimismo, se entiende que el material puede retratar a personas menores de edad con personas menores de edad o a personas menores de edad con adultos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos considera que hay un comportamiento sexualmente explícito cuando hay *“relaciones sexuales reales o simuladas, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital, oral-anal, entre personas del mismo sexo o del sexo opuesto; bestialidad; masturbación; abuso sadista o masoquista; o la exhibición de los genitales o de la zona púbica en forma lasciva de cualquier persona”*⁸⁰. El *Explanatory Report* (informe explicativo) del Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia se refiere a la misma

definición usada por la Corte Suprema de los Estados Unidos⁸¹.

Este aspecto es de suma importancia dado que, como vamos a ver a continuación, existe una modalidad de pedopornografía denominada pornografía infantil blanda. En efecto, los productores de semejantes materiales se valen de que, en la mayoría de los países, solamente el material considerando como sexualmente explícito es penado por ley, para producir otro tipo de materiales que representan a personas menores de edad posando de manera erótica, a menudo semi-desnudas o desnudas. Sin embargo, como estos no llegan a enseñar sus genitales o a representar actos sexuales, no califican legalmente como pornografía infantil y, por lo tanto, no son ilegales.

6. La pornografía infantil blanda y la “child erotica”.

Se considera que Kenneth Lanning, antiguo agente del Oficina Federal de Investigación (FBI), ha introducido una distinción importante entre lo que constituye pornografía infantil y la *“child erotica”*⁸². Lanning define esta última como cualquier material alusivo a los niños y que sirva a un individuo para fines sexuales⁸³. Así, la *“child erotica incluye juguetes, juegos, ropa de niños, manuales, dibujos, catálogos y fotografías no pornográficas de niños. Este tipo de materiales no es ilegal pero, frecuentemente, es utilizado por los jueces en casos de juicios, para corroborar la prueba contra los individuos que acosan a los*

80 THORNBURGH y LIN, (ed), op. cit., p. 97.

81 Informe explicativo (Explanatory Report) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Consejo de Europa, [en línea], párrafo 100, p.17, disponible en <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>> [Consulta: 22 noviembre 2004]

82 Traducido literalmente como “erótica infantil”. TAYLOR, HOLLAND y QUAYLE, op. cit., p. 1.

83 LANNING, Kenneth, V., *Child Molesters: A Behavioural Analysis*, National Center for Missing and Exploited Children, USA, fourth edition, 2001, p. 52.

niños con propósitos sexuales o contra los que se dedican a la pornografía infantil”⁸⁴. Sobre este último aspecto, Taylor, Holland y Quayle agregan que “las implicaciones operativas de esta distinción [entre pornografía y erótica infantil] son, sin embargo, importantes y se reflejan en la manera en que, frecuentemente, las agencias encargadas de investigar dividen las pruebas en tres categorías:

a) Indicativo; materiales que representan a personas menores de edad vestidos y que sugiere un interés sexual en ellos;

b) Indecente; materiales que representan a personas menores de edad desnudas y que sugiere un interés sexual en ellos;

c) Obscenos; materiales que representan a personas menores de edad que tienen relaciones sexuales.

Este tipo de clasificación puede ser útil para los departamentos de policía en la etapa inicial de una investigación en casos de pornografía infantil”⁸⁵.

Vemos entonces que una gran cantidad de materiales, cualquier material, pueden ser considerados por el usuario como “child erotica” sin que objetivamente tenga un carácter pornográfico y, por lo tanto, sin que tampoco pueda calificar legalmente como tal. La particularidad de la “child erotica” radica en que el uso que le da el depredador sexual no depende de los rasgos objetivos del material sino de la percepción que de ese material tenga. Si bien no es delito poseer una enciclopedia médica, ropa infantil,

recortes de periódicos sobre crímenes sexuales o juguetes⁸⁶, estos pueden constituir un valioso indicador para determinar cuáles son los gustos y pasatiempos sexuales de la persona investigada (los tipos de niños preferidos, las edades, el sexo, etc.). Asimismo, pueden servir como indicio para determinar si ha habido víctimas reales de abuso al analizar, por ejemplo, si la ropa infantil que tiene en su poder pertenece a alguna víctima.

Por su parte, *Save the Children Europe Group* alude a un tipo de pornografía infantil en Internet que muchos expertos califican como “child erotica”, no en el sentido mencionado anteriormente, sino como sinónimo de pornografía infantil blanda⁸⁷. Esa alianza de organizaciones no gubernamentales señala que en la Internet se pueden encontrar miles de imágenes calificadas como “child erotica” e indica que “los llamadas sitios Web de supuesta «erótica infantil» logran evitar sanciones legales en la mayoría de los países al promoverse como «sitios artísticos», otros términos usados para referirse a este tipo de materiales son por ejemplo «pornografía infantil blanda», o «fotografías de poses». Estos sitios a menudo contienen imágenes de niños que posan semi-desnudos o desnudos, y que sexualizan al niño directa o indirectamente. Otras fotografías encontradas en la Internet son la evidencia de que algunos de los niños explotados en los sitios de erótica infantil han sido abusados sexualmente para producir pornografía infantil ilegal. Los sitios de erótica infantil generalmente presentan imágenes legales de niños en la primera página del

84 HEALY, Margaret, “Pornografía infantil y perspectivas internacionales”, informe de ECPAT en el *Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto de 1996, pp. 2-3.

85 TAYLOR, HOLLAND y QUAYLE, op. cit., pp. 1-2. Traducción de la autora.

86 Como ya se ha mencionado, estos depredadores sexuales tienden a ser coleccionistas y suelen guardar recuerdos o trofeos de sus experiencias sexuales con sus víctimas menores de edad, por lo que no es poco corriente encontrar en sus colecciones, por ejemplo, ropa infantil de todo tipo, incluso ropa que haya pertenecido a una o varias de sus víctimas, muestras de semen, de cabellos o de vello púbico.

87 En inglés conocida como “child soft porn” o “posing pictures”.

sitio prometiendo desplegar pornografía infantil más fuerte una vez que se entra al sitio, material al que se puede acceder pagando con una tarjeta de crédito”⁸⁸.

Continúa señalando la misma coalición de organizaciones no gubernamentales que las definiciones de pornografía infantil manejadas en el ámbito internacional no toman en cuenta este tipo de pornografía, lo que constituye una debilidad. Según dicha entidad, ese vacío legal provoca que el comercio de esta modalidad de pornografía sea legal en muchos países. El Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía comparte la misma opinión, tal como lo señala en su informe del 2005 dedicado a la pedopornografía en la Internet⁸⁹.

En referencia a este tema en el contexto costarricense, el Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica, al comentar los artículos que tipifican la producción y difusión de pornografía infantil en la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad (1999), indica que *“los tipos en mención solo hablan de material pornográfico y no se refieren a material erótico. Es de fundamental importancia introducir este término en ambos artículos [artículos 173 y 174] con el fin de evitar defensas judiciales que pretendan demostrar que los materiales no son de corte pornográfico sino erótico”*⁹⁰. El Poder Ejecutivo, coincidiendo con esta

línea de pensamiento, presentó en noviembre del 2001 un proyecto de ley que, entre otras cosas, proponía modificar los artículos 173 y 174 para que rezaran, respectivamente de la siguiente manera, *“quien fabrique o produzca material erótico o pornográfico, utilizando a personas menores de edad, o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Será sancionado con pena de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material”* y *“quien comercie, difunda o exhiba material erótico o pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años. La misma pena se impondrá a quien tenga en su poder, exhiba o difunda por cualquier medio, material pornográfico o erótico en el que aparezcan personas menores de edad o donde se utilice su imagen”*⁹¹. Su importancia radicaba en que proponía agregar el término “erótico” a diferencia del texto actual de ambos artículos tal como consta en el Código Penal, en donde solamente se hace referencia a materiales pornográficos. El proyecto recibió un dictamen afirmativo unánime por parte de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa en setiembre del 2003, sin embargo, en el proceso, el texto original fue modificado y el término “erótico” eliminado en ambos artículos⁹².

El Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía afirma que el tema de la pornografía infantil blanda está muy relacionado con

88 Save the Children Europe Group, op. cit., p. 10. Traducción de la autora.

89 Informe anual del 2005 del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía [en línea], párrafos 20-21, E/CN.4/2005/78. Disponible en <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/annual.htm>> [Consulta: 15 noviembre 2005].

90 Véase el Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica, op. cit., pp. 210-211.

91 Proyecto de ley publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 241 del 14 de diciembre del 2001.

92 Véase expediente legislativo N° 14.568, “Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal y la reforma de varios artículos del Código Proceso Penal, Ley No 7594 del 10 de abril de 1996”.

el de la censura en la Internet. Y, por esta razón, según él, es que, probablemente, en las definiciones internacionales no se tipifica esta clase de pornografía, como es incluso el caso del Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia⁹³.

C. El carácter comercial y doméstico de la pedopornografía.

Respecto a ese tema podemos afirmar que:

1. Existe un consenso generalizado de que la producción de pornografía infantil ha sido históricamente y sigue siendo predominantemente doméstica (no comercial).

Carr comenta que *“a lo largo de su historia, la producción de la pornografía infantil ha sido en gran medida una industria doméstica, generalmente en manos de aficionados que la generan como subproducto del abuso a los niños”*⁹⁴. La organización INHOPE, una red que agrupa muchas líneas de denuncias, en especial europeas, contra la pornografía infantil, señala que pocos de los sitios de pornografía infantil son comerciales y que, por su naturaleza, las personas que tienen un interés sexual en las personas menores de edad son motivadas por otras consideraciones más personales y la necesidad de comunicarse con personas que tienen los mismos intereses en la materia⁹⁵. Cánovas coincide con esto, cuando afirma que *“las fotografías y videos se exhiben y se intercambian en su mayor parte, no se venden”*⁹⁶.

UNICEF también comparte esta apreciación cuando reitera que *“uno de los aspectos más insidiosos y perversos de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad es a través de la distribución de la pornografía infantil. En el pasado ha sido distribuida a menor escala a través de fotografías y revistas. Sin embargo, Internet ha abierto una amplia gama de nuevos canales y atraído muchos nuevos usuarios. Mucho de ese material es generado como recuerdo de un abuso sexual por los mismos pedófilos y a menudo es intercambiado en lugar de ser vendido”*⁹⁷.

Tal como lo afirma el *Forum des droits sur l'internet*, siendo esta una actividad de carácter ilegal, es una realidad que faltan elementos para determinar cuál es la proporción exacta de pedopornografía accesible gratuitamente en la Red en relación con la proporción de materiales accesibles comercialmente⁹⁸.

2. Existe un consenso de que, paralelamente a la pornografía doméstica, se han desarrollado en los últimos años sitios comerciales en la Red.

De nuevo, el *Forum des droits sur l'internet* señaló que *“es un hecho que el intercambio gratuito de archivos [que contienen pedopornografía] entre «coleccionistas» coexiste con sitios comerciales”*⁹⁹. INHOPE enfatiza que es preocupante observar la aparición de sitios Web comerciales en donde se debe pagar un derecho de entrada

93 Informe del 2005 del Relator Especial, op. cit., párrafo 21.

94 CARR, op. cit., p. 16.

95 Información extraída de <www.inhope.org> [Consulta: 15 octubre 2003].

96 CÁNOVAS, op. cit., p. 85.

97 UNICEF Reino Unido, *End Child Exploitation, Faces of Exploitation* [en línea], enero 2003. Disponible en <<http://www.endchildexploitation.org.uk/pdf/ECReport1.pdf>> [Consulta: 16 agosto 2004]. Traducción de la autora.

98 Le Forum des droits sur l'internet, op. cit., p. 11.

99 Ibíd., p. 11. Traducción de la autora.

con tarjetas de crédito u otros métodos¹⁰⁰. Esta tendencia también es señalada por *Save the Children Europe Group* que indica que con cancelar cuotas de entre 20 y 50 dólares americanos por mes, se puede tener acceso a estos sitios comerciales¹⁰¹. Por su parte, la policía nacional italiana asegura que el precio de las fotografías de carácter pedopornográfico varía entre 30 y 100 dólares americanos, y el de los vídeos entre 250 y 300 dólares americanos¹⁰².

A pesar de que por su naturaleza es imposible determinar cuáles son los montos generados por este negocio, como lo señala el *Forum des droits sur l'internet*¹⁰³, los números proporcionados a raíz de las investigaciones llevadas a cabo por las agencias de policía resultan ser los únicos datos confiables que nos ayudan a entender cuán lucrativa es esa actividad. Por ejemplo, en el 2000 se condenó a cinco personas en un caso denominado *Avalanche*, uno de los mayores juicios por producción comercial de pornografía infantil jamás llevado a cabo en los Estados Unidos. La investigación demostró que la empresa *Landslide Productions* que operaba un sitio comercial de pedopornografía tuvo beneficios por unos nueve millones de dólares anuales en los tres años que estuvo funcionando, de 1997 a 1999. En el último mes de funcionamiento había generado ingresos brutos por un poco más de un millón de dólares¹⁰⁴.

Anteriormente a la masificación del uso de Internet, el negocio de la pornografía infantil era tam-

bién una realidad, aunque en menor escala. Japón fue considerado durante muchos años un importante centro de producción de este tipo de materiales. Healy comenta que el inicio de los años 70 representó el auge de la pornografía infantil comercial en Europa con Dinamarca, Holanda y Suecia como principales centros de distribución. Las fotografías eran principalmente de personas menores de edad, tomadas en los Estados Unidos pero luego publicadas en revistas producidas fuera del territorio estadounidense. A mediados de los 70 este tipo de pornografía llegó a estar fácilmente disponible en los Estados Unidos y Europa¹⁰⁵.

Existen informaciones contradictorias sobre la cantidad de sitios comerciales de este tipo en la Web, según reportes de PROTÉGELES de España y *Save the Children Europe Group*. En efecto, por parte de PROTÉGELES Cánovas afirma que de las 10.000 denuncias que recibe cada año dicha entidad, apenas 50 son relativas a páginas Web comerciales¹⁰⁶. En cambio, la alianza de organizaciones no gubernamentales *Save the Children Europe Group* señala que los reportes hechos a sus líneas de denuncia indican que el número de sitios Web comerciales ha crecido enormemente entre el 2001 y el 2002, y que parece que muchos de estos nuevos sitios Web están basados en Rusia¹⁰⁷.

Cabe destacar que, como parte de las estrategias de lucha contra ese fenómeno, algunos actores involucrados, especialmente organizaciones no gubernamentales, están buscando tácticas

100 Información extraída de <www.inhope.org>.

101 *Save the Children Europe Group*, op. cit., p. 16.

102 Datos disponibles en <www.poliziadistato.it/pds/primapagina/stop-it/> [Consulta: 1º noviembre 2005].

103 *Le Forum des droits sur l'internet*, op. cit., p. 11.

104 Datos tomados de CARR, op. cit., p. 16.

105 HEALY, op. cit., p. 6.

106 CÁNOVAS, op. cit., p. 85.

107 *Save the Children Europe Group*, op. cit., p. 16.

conjuntamente con las compañías de tarjetas de crédito a fin de contrarrestar el crecimiento de los sitios Web comerciales de pornografía infantil. En marzo del 2006, un grupo de 18 entidades financieras, entre las cuales se encuentran American Express, Visa y MasterCard, junto con proveedores de acceso y servicios a Internet tales como Yahoo, MSN y AOL, y otras organizaciones¹⁰⁸ anunciaron que se habían unido en una coalición denominada *Financial Coalition Against Child Pornography (FCACP)*¹⁰⁹ con el objetivo de erradicar sitios comerciales de pornografía infantil a más tardar para el 2008. Cabe destacar que esas compañías de tarjetas de crédito tienen la potestad de cerrar las cuentas de sus clientes que usan sus tarjetas para acceder a sitios comerciales de pedopornografía en tanto este tipo de transacciones constituyen una violación a sus políticas corporativas. El *Center for Missing and Exploited Children (CMEC)* de los Estados Unidos estará, junto con otras organizaciones, a cargo de avisar a dichas entidades financieras de los sitios comerciales existentes a la vez que se avisará a las autoridades pertinentes¹¹⁰.

El gobierno británico también decidió usar este tipo de medidas para luchar contra los consumidores de pornografía infantil. En efecto, el 26 de julio del 2006 entró en vigor la *Data Protection Order 2006 (Processing of Sensitive Personal Data)* la que reformó la legislación vigente sobre la protección de datos. La nueva ley permite a las autoridades gubernamentales competentes trans-

mitir a las entidades financieras emisoras de tarjetas de crédito y de débito en ese país, listas de nombres de las personas que han sido condenadas por haber cometido algún delito relacionado con pedopornografía o bien que hayan admitido su culpabilidad para que a su vez, dichas entidades financieras puedan decidir si desean cancelarles la tarjeta que usaron durante la comisión del delito por el que fueron condenados y cerrar sus cuentas alegando una ruptura de contrato bancario. Anteriormente a esta reforma, aunque las entidades financieras tuvieran la potestad de alegar tal ruptura de contrato, no tenían los medios necesarios para conocer quienes de sus clientes hubieran cometido esos delitos debido a que la legislación impedía a la policía proveer la información necesaria para identificar a dichos clientes. Esta reforma es el producto de un proceso de negociación de tres años entre las autoridades, asociaciones no gubernamentales y representantes del sector financiero¹¹¹.

3. Existe información en cuanto a la probable participación del crimen organizado en el negocio de la pornografía infantil.

Existe poca información sobre este tema, sin embargo Carr, citando un informe del servicio nacional de inteligencia criminal británico, afirma que existen indicios que indican que el crimen organizado está empezando a implicarse en actividades relacionadas con la pornografía infantil¹¹². En su informe del 2005, el Relator Especial

108 Algunas de las cuales son la red Europea INHOPE y Child Focus, organización basada en Bélgica.

109 Literalmente "Coalición Financiera contra la Pornografía Infantil".

110 Para mayores detalles véase el sitio Web de la organización *Centre for Missing and Exploited Children (NCMEC)* a la siguiente dirección <http://www.icmec.org/missingkids/servlet/NewsEventServlet?LanguageCountry=en_X1&PageId=0>

111 RIEFA Christine, "De nouveaux pouvoirs sont accordés aux banques anglaises dans la lutte contre la pornographie en ligne" [en línea], *Juriscom.net*, 31 de julio del 2006. Disponible en <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=843>> [Consulta: 2 agosto 2006]. Para mayor información puede consultar el texto de la *Data Protection Order 2006* en la siguiente dirección: <<http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/draft/20064712.htm>>.

112 CARR, op. cit., p. 16.

sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, señala también que *“uno de los más inquietantes y recientes fenómenos en relación con el tema de la pornografía infantil en Internet, es lo que parece ser una creciente implicación del crimen organizado”*¹¹³.

Asimismo, las autoridades francesas en el 2004 reformaron la legislación relativa a la pornografía infantil con el objeto, entre otros, de tipificar por un lado, la producción de esos materiales para su difusión, y por el otro, su divulgación, cuando ambas conductas son realizadas por bandas organizadas. De ese modo se aplican penas más severas que en los casos en los que los perpetradores actúan solos¹¹⁴.

D. ¿Quién consume la pedopornografía?

Los pedófilos constituyen un sector importante entre los explotadores sexuales, sin embargo, contrario a la creencia popular, no son los únicos que explotan a las personas menores de edad o que cometen crímenes sexuales contra ellas. En efecto, el grupo de individuos constituido por los que explotan o abusan sexualmente de niños y niñas está compuesto por personas con perfiles, intereses y objetivos muy variados tales como proxenetas, militares, turistas y comerciantes. En relación con estos últimos, Lanning los ubica en la categoría de ofensores circunstanciales y afirma que ellos utilizan las computadoras a fin de

lucrar fácilmente con el negocio de la pedopornografía¹¹⁵.

Save the Children Europe Group plantea que *“la explotación sexual de las personas menores de edad no se podrá evitar a menos que se reconozca la diversidad de las personas que explotan sexualmente a los niños. Los hombres, y una minoría de mujeres, explotan sexualmente a las personas menores de edad de diferentes maneras, por distintas razones y en contextos variados. La tendencia a asociar el abuso sexual y la explotación sexual comercial de los niños exclusivamente con la «pedofilia» en los medios de comunicación y en los debates públicos a menudo impide reconocer que las «personas comunes» pueden ser abusadoras”, y continúa señalando que “casos recientes de alto perfil sobre abusos en Internet confirman la evidencia científica, según la cual las personas que abusan de los niños y niñas, provienen de diferentes grupos de edad y grupos socio-económicos y tienen niveles educativos variados. Una cosa que parecen tener en común las personas que usan la Internet para abusar, es su conocimiento de la tecnología de la información”*¹¹⁶. Esta realidad es aceptada y reconocida por los profesionales y agencias especializadas a cargo de perseguir los delitos sexuales, incluyendo la pedopornografía contra las personas menores de edad¹¹⁷.

Según la nomenclatura usada por la Asociación Americana de Psiquiatría existen alrededor de 35 formas de desviaciones sexuales conocidas como

113 Informe del 2005 del Relator Especial, op. cit., párrafo 25.

114 Véase article 227-23 Code Pénal. Reformé par la loi N° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. J.O del 10 de marzo del 2004.

115 LANNING, op. cit., p. 91.

116 Save the Children Europe Group, op. cit., pp. 13-14. Traducción de la autora.

117 Ponencia del Dr. Peter Collins, “Psychology of the Offender” presentada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, International Centre for Missing and Exploited Children (ICMEC)/Microsoft. Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, 23-26 febrero 2004, San José, Costa Rica y LANNING, op. cit.

“parafilias”¹¹⁸. Las parafilias se definen como trastornos mentales caracterizados por fantasías sexuales, impulsos y comportamientos sexuales recurrentes e intensos que deben ocurrir durante un período de al menos seis meses y que, por lo general, engloban objetos no sexuales (fetichismo, etc.), el sufrimiento o la humillación de uno mismo o de la pareja (sadismo, masoquismo, etc.), niños (pedofilia) y personas que no consienten (voyerismo, exhibicionismo, etc.). Por lo tanto, la pedofilia es una parafilia y se define a su vez como un trastorno en el que la atracción sexual principal de un adulto se dirige hacia niños prepúberes o impúberes¹¹⁹, generalmente con edades inferiores a los 13 años.

Existen también lo que se llama la “infantophilia” (“nepiophilia”), la “ephebophilia” y la “hebephilia”, términos no incluidos en el DSM-IV-TR, los cuales se definen respectivamente como un trastorno en el que las personas sienten una atracción sexual exclusiva por personas de entre 0 y 3 años de edad, y como un trastorno en el que las personas sienten una atracción sexual exclusiva por varones menores de edad que hayan alcanzado o pasado la pubertad, es decir, los adolescentes, y finalmente por mujeres adolescentes.

Un estudio realizado en 1988 reveló que 411 personas con diferentes parafilias habían cometido 218.000 ofensas sexuales y 238.711 intentos de ofensas sexuales, y el número total de sus víctimas era de 138.137. Dicho de otro modo, cada una de estas personas cometió un promedio de 581 delitos sexuales y tuvo 366

víctimas¹²⁰. Este estudio es, según el doctor Peter Collins del Departamento de Policía de Ontario, un buen ejemplo que demuestra lo activo que pueden ser las personas con parafilias. Y, si tomamos en cuenta que el estudio fue realizado antes de la masificación de Internet, es legítimo preguntarnos qué tanto podría haber influido en estos ofensores este medio como herramienta para facilitar la comisión de aún más ofensas sexuales.

No es inusual encontrar personas que tienen lo que se califica como “parafilias múltiples”, es decir, varios trastornos sexuales a la misma vez¹²¹. Marshall y Barbaree demostraron en un estudio que el 18 % de los pedófilos se asocian con otro tipo de parafilia¹²². Por ejemplo, un pedófilo puede ser a su vez fetichista, en cuyo caso es posible que su interés radique en la ropa de personas menores de edad. Este aspecto puede ser relevante para efectos probatorios, en el contexto de una investigación conducida por la policía, primero como indicativo de las preferencias sexuales del sospechoso y segundo, como indicativo de otros delitos sexuales que pueda haber cometido.

La gran mayoría de los individuos que cometen delitos sexuales contra las personas menores de edad son varones. Collins afirma que menos del 0.1 % de las personas encarceladas en los Estados Unidos por delitos sexuales son mujeres¹²³. En un estudio conducido por el *Crimes against Children Research Centre* de la Universidad de New Hampshire, Estados Unidos, se encontró

118 Esta nomenclatura se encuentra en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (conocido como el DSM-IV-TR) de la Asociación Americana de Psiquiatría.

119 *Ibíd.*

120 Abel (1988) citado en la ponencia de COLLINS, op. cit.

121 Pueden tener dos, tres o más desviaciones a la vez.

122 Citado por COLLINS, op. cit.

123 COLLINS, *ibíd.*

que el 99 % de las personas arrestadas por haber cometido algún delito sexual contra personas menores de edad en Internet entre julio del 2000 y julio del 2001 eran varones¹²⁴.

En la comunidad de pedófilos, se distingue entre los que sienten atracción por las mujeres o por los varones y los que son bisexuales, aproximadamente el 10 %, según Collins¹²⁵. Además se hace la diferencia entre los pedófilos de tipo exclusivo, es decir, aquellos que solamente tienen contacto sexual con personas menores de edad y los de tipo no exclusivo: aquellos que, pese a su fuerte inclinación por tener contacto sexual con personas menores de edad, son capaces también de tener contactos sexuales con personas adultas. El nivel de reincidencia de los pedófilos en general es muy alto¹²⁶.

Cánovas señala que *“la gran mayoría de los pedófilos se encuentran (social y profesionalmente) perfectamente integrados. Una de las características de estos individuos es precisamente la dificultad que presentan a la hora de ser descubiertos o detectados con claridad. Pueden llevar una vida absolutamente normal en apariencia”*¹²⁷. Lanning se refiere a este aspecto cuando menciona la falta de comprensión por parte de los medios de comunicación y del público en general, que impide aceptar y entender que un pedófilo puede ser considerado socialmente una buena persona o un buen profesional, cariñoso

y dedicado y, a la vez, tener contacto sexual directo con los niños que están a su cargo o que se encuentran en su entorno¹²⁸.

Un aspecto importante de rescatar es que la condición de pedófilo no implica que se tendrá automáticamente contacto sexual directo con una persona menor de edad. Algunos llegan a tenerlo; en este caso, según la terminología usada por Cánovas, serán considerados como “pedófilos activos”, sin embargo otros nunca llegan a tener tal contacto, en cuyo caso serán considerados “pedófilos pasivos”¹²⁹. Dentro de la categoría de los pedófilos pasivos, Cánovas distingue entre los “pedófilos pasivos promotores” y los “pedófilos pasivos no promotores” (aquellos que no consumen pornografía infantil ni tienen contactos directos con personas menores). Los primeros como consumidores y productores de pornografía infantil, pueden llegar a tener miles de fotografías, videos y otros materiales pese a no haber tenido contactos sexuales directos con personas menores de edad. De este modo promueven el negocio y el consumo de este tipo de materiales¹³⁰.

Por su parte, O’Connell señala el mismo fenómeno cuando afirma que *“no todos [los pedófilos] actúan de la misma forma respecto a su tendencia sexual. Algunos restringen su vida sexual a la fantasía (usan pornografía infantil para masturbarse, pero se puede decir que forman parte*

124 Otros datos arrojados por el mismo estudio revelaron que el 86 % de las personas arrestadas durante el mismo período tenía más de 25 años, y el 97 % había actuado en solitario. WOLAK, Janis, MITCHELL, Kimkerly, FINKELHOR, David, *Internet Sex Crimes against Minors: The Response of Law Enforcement*, Crimes against Children Research Center, University of New Hampshire/National Center for Missing and Exploited Children, USA, November 2003, p. 7.

125 COLLINS, op. cit.

126 Ibíd.

127 CÁNOVAS, op. cit., p. 24.

128 LANNING, op. cit., p. 17.

129 CÁNOVAS, op. cit., p.34.

130 Ibíd, p. 34 y pp. 109-111.

-aunque indirectamente- del abuso sexual de los niños). Aquellos que actúan de acuerdo con sus impulsos, pueden abusar de los niños de distintas maneras, algunos se limitan al «abuso sin contacto» (exposición de sus órganos genitales, mostrando y/o hablando sobre material pornográfico), otros cometen «abuso por contacto» (tocando o acariciando genitales, intentando o bien realizando penetración oral, anal o vaginal)”¹³¹.

Lanning planteó una tipología diseñada para uso de las agencias encargadas de perseguir y acusar a los autores de delitos sexuales contra personas menores de edad en los Estados Unidos. El principal objetivo era proveer una herramienta útil para los agentes encargados de conducir investigaciones criminales en la materia. Esta tipología distingue entre dos categorías de ofensores sexuales, los preferenciales y los circunstanciales¹³². Es importante tener en mente que los términos “pedófilos”, “nepiophilia” o “hebephilia” son términos clínicos que tampoco representan categorías específicas en el ámbito legal. En efecto, la condición de pedófilo no constituye un tipo penal, es decir, no es ilegal ser un pedófilo. En cambio, actos que pueden ser perpetrados en

perjuicio de las personas menores de edad por los pedófilos o cualquier otro adulto que no sea pedófilo como, por ejemplo, tener relaciones sexuales con un niño de siete años, serían ilegales en tanto estén tipificados en la legislación penal del país donde los hechos ocurren.

Según Bill Walsh¹³³ de la Unidad de Investigaciones Juveniles y de Apoyo Familiar del Departamento de Policía de Dallas, Estados Unidos, el primer grupo de agresores sexuales circunstanciales se caracteriza por no tener una verdadera preferencia por los niños y las niñas como compañeros sexuales. Si su víctima es menor de edad será producto de una casualidad o de las circunstancias más que de una acción planeada minuciosamente. La agresión sexual se puede producir cuando se comete otro delito como, por ejemplo, en el caso de un robo perpetrado en una casa en el que también se viola a un menor de edad que se encuentra presente allí. Dentro de esta categoría también se incluyen individuos que tienen contacto sexual con personas menores de edad por razones de salud, religiosas y otros como los militares¹³⁴ y los trabajadores inmigrantes¹³⁵. Collins agrega que

131 O’CONNELL, D., Julia, “El explotador sexual de menores”, informe de ECPAT, *Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto 1996, p. 2.

132 LANNING en la cuarta edición (setiembre 2001) de su libro *Child Molesters: A Behavioural Analysis* optó por aplicar su tipología a todos los ofensores sexuales cuando originalmente, en 1986, había sido diseñada para identificar únicamente a los diferentes tipos de abusadores sexuales de niños. Para justificar este cambio, argumenta, entre otras cosas, que usar el término de “ofensores sexuales preferenciales” en lugar de “abusadores de niños preferenciales”, permite a los investigadores abarcar en esa categoría a los individuos que usan y coleccionan pedopornografía aún cuando no han tenido contacto sexual directo con personas menores de edad, los que llamamos anteriormente pedófilos pasivos promotores. LANNING, op. cit., p. 29. Esto se debe a que en la mayoría de los estados de los Estados Unidos, legalmente, un abusador de niños (“child molester”) es una persona que ha tenido algún tipo de contacto sexual ilegal con una persona que es legalmente considerada como un menor de edad.

133 A menos que otra fuente sea indicada, los datos citados a continuación sobre los ofensores preferenciales y circunstanciales fueron proporcionados por el teniente Bill Walsh, del Departamento de Policía de Dallas, en su ponencia “Computer Facilitated Exploitation of Children” dictada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, op. cit., por la ponencia de COLLINS, dictada durante el mismo seminario, op. cit., y durante una entrevista telefónica a Collins realizada el 15 de marzo del 2005.

134 HEALY cita al Departamento de Justicia de los Estados Unidos el que reconoce que algunos miembros del personal militar estacionados en Guam y Filipinas habían sido procesados por estar en posesión de pornografía infantil, algunos de los cuales participaron también en la producción del material. HEALY, op. cit., p. 7.

135 Para más detalles sobre este punto véase CÁNOVAS, op. cit., pp. 114 -118.

este grupo abarca individuos con cuatro patrones de conducta distintos¹³⁶: unos son “moralmente indiscriminadores” (son oportunistas y manipuladores en general y con todos (esposas, amigos, etc.), no tienen conciencia, tienden a coleccionar pornografía adulta violenta, se preguntan ¿porqué no?) y otros son “sexualmente indiscriminadores”¹³⁷ (tienen contacto sexual con quien puedan solamente por experimentar; el contacto con menores es atractivo porque representa algo nuevo y diferente), son “retraídos” (sustituyen a su pareja por una persona menor de edad, tienden a tener una baja autoestima y a usar la coacción, pueden o no coleccionar pornografía) o son “inadecuados” (motivados por la curiosidad y la inseguridad, solitarios, inadaptados sociales, capaces de agredir a niños y ancianos o a cualquiera que sea vulnerable). Según Lanning, este tipo de ofensores generalmente tendrá menos víctimas menores de edad que los ofensores preferenciales¹³⁸.

En cambio, Walsh afirma que el agresor sexual preferencial se caracteriza por tener una verdadera tendencia sexual hacia las personas menores de edad y posiblemente haya victimizado múltiples personas menores de edad en el pasado. Este tipo de agresores hará un gran esfuerzo por socializar con personas menores a través de su actividad laboral, actividades voluntarias o del matrimonio (casándose para tener acceso sexual con sus futuros hijos o los hijos de su pareja). Son personas altamente motivadas para cometer sus

crímenes sexuales y tienen un alto porcentaje de reincidencia. Tienden a tener fantasías sexuales enfocadas en los niños y a fotografiar o filmar a personas menores en situaciones sexuales o no sexuales. También tienden a coleccionar, producir e intercambiar pornografía infantil y usarán la computadora como una herramienta para acercarse a las personas menores de edad.

Según Lanning dentro de la categoría del agresor sexual preferencial hay cuatro patrones definidos de conductas¹³⁹: el ofensor que consigue a sus víctimas a través de un “proceso de seducción”¹⁴⁰ (orquestra un largo proceso de seducción donde suministra afectos, regalos y atención a los niños y a veces también a sus padres, tiene la habilidad de escoger a sus víctimas menores de edad, las cuales a menudo provienen de hogares disfuncionales o son descuidadas por parte de su entorno, sabe cómo hablar a los niños y cómo escucharlos, etc.); el “introvertido”¹⁴¹ (generalmente no tiene las habilidades necesarias para relacionarse con sus víctimas menores, tiende a abusar de menores no conocidos y especialmente de niños más pequeños); el “sádico”¹⁴² (necesita hacer sufrir a sus víctimas menores y tiende a usar la fuerza y el engaño para conseguir las) y, finalmente, el “ofensor diverso”¹⁴³ (tiene relaciones sexuales con personas menores de edad para probar, es sexualmente indiscriminator y, por lo tanto, motivado generalmente por su deseo de experimentar sexualmente).

136 Ponencia de COLLINS, op. cit.

137 En la cuarta edición (setiembre 2001), este patrón desapareció de la categoría de los ofensores circunstanciales, su nombre fue cambiado por el de “ofensores diversos” y fue reubicado en la categoría de ofensores preferenciales. LANNING, op. cit.

138 *Ibíd.*, p. 25.

139 *Ibíd.*, p. 26-29.

140 Traducido literalmente. El término original dice “*seduction*”.

141 Traducido literalmente. El término original dice “*introverted*”.

142 Traducido literalmente. El término original dice “*sadistic*”.

143 Traducido literalmente. El término original dice “*diverse*”.

Los ofensores preferenciales se caracterizan según Lanning, por tener parafilias, como pedofilia, voyerismo o sadismo. Este autor afirma que cuando son pedófilos, muchos de ellos necesitan no solamente tener sexo con personas menores de edad sino que también necesitan hacerlo con frecuencia. También señala que los ofensores preferenciales tienden más a ver pornografía temática, excitarse con ella y coleccionarla; es decir que el material estará basado en sus gustos sexuales condicionados por sus desviaciones sexuales¹⁴⁴.

Además, manifiesta que los ofensores sexuales en general, incluyendo los que abusan de las personas menores de edad, pueden tener características de ambos grupos de ofensores, preferenciales y circunstanciales, sin embargo generalmente los patrones de conducta típicos de alguna de las dos categorías tenderán a ser más dominantes¹⁴⁵.

Finalmente, Walsh indica que está apareciendo un nuevo tipo de agresor que tiene un interés sexual en las personas menores de edad y que se caracteriza por no contar con antecedentes criminales u otros delitos sexuales; sin embargo tiene mucho conocimiento de las computadoras y un alto nivel de inteligencia y de ingresos por ser, generalmente, ejecutivo o profesional. Tiene un interés solamente en comerciar, coleccionar pornografía infantil y suscribirse a sitios comerciales de esta clase de pornografía. Señala que, por lo general, cuando se investiga a este tipo de personas, no hay evidencias de contacto sexual con víctimas menores de edad.

La emergencia de un nuevo tipo de personas con un interés sexual en las personas menores de edad también ha sido señalada por Cánovas, quien distingue entre los que denomina “pedófilos de desarrollo” (aquellos que desarrollan este trastorno de adultos) en oposición a los “pedófilos preferenciales” (los que desde una edad temprana tienen esa tendencia). El primer grupo está conformado por individuos que han desarrollado un interés sexual hacia las personas menores de edad cuando no lo tenían anteriormente y esto se debe a un conjunto de factores diversos; muchas de estas personas se hacen poco a poco adictas a la pornografía adulta y, en su búsqueda de sensaciones más fuertes cada día, caen en la pornografía infantil¹⁴⁶. *“Por lo general se trata de individuos perfectamente integrados a la sociedad, que dedican parte de su tiempo de ocio o trabajo a navegar por los millones de páginas de pornografía de todo tipo que hay en Internet [...] algunos de estos individuos se sorprenden del impacto que estas imágenes terminan causando en ellos y piden ayuda. Sienten que están cambiando y modificando su forma de percibir a los más pequeños, a quienes van descubriendo como instrumentos para obtener gratificación sexual”*¹⁴⁷. Healy coincide en este punto y declara que *“la pornografía infantil sirve para determinados propósitos tanto a los pedófilos como a los que acosan a los niños [los que no son pedófilos][...] ellos sin embargo no son los únicos que producen o consumen pornografía infantil. Un sector muy amplio de población está interesado en la pornografía que muestra adolescentes. Además, con la aparición del uso de las computadoras para el tráfico de pornografía infantil, ha comenzado a*

144 LANNING, op. cit., pp. 19-30.

145 Ibíd., p. 22.

146 Para mayores detalles véase CÁNOVAS, op. cit., pp. 23-35.

147 CÁNOVAS, op. cit., pp. 29-30. En las mismas páginas se reproducen cartas de personas con este perfil las que piden ayuda a la asociación Acción contra la Pornografía Infantil cuando se dan cuenta de su adicción.

identificarse un nuevo y creciente segmento de productores y consumidores. Son individuos que pueden no tener una preferencia sexual por los niños pero que ya conocen la pornografía adulta y buscan materiales más extravagantes”¹⁴⁸.

E. ¿Para qué se usa la pedopornografía?

Muchos¹⁴⁹ coinciden en señalar que además del uso obvio que se le da a la pornografía infantil -la gratificación sexual del usuario- estos materiales pueden ser utilizados para otros fines. Estos son:

- **Validar el comportamiento del depredador sexual como algo normal.**

Según *Save the Children Europe Group* existen trabajos de investigación que demuestran que “*algunos ofensores sexuales van a superar sus propias inhibiciones internas viendo pornografía infantil*” y que “*existe evidencia que sugiere que una de las funciones más importantes de la pornografía infantil es la de reforzar y justificar la voluntad de abusar*”¹⁵⁰. Healy coincide con esto cuando comenta que “*el pedófilo utiliza la pornografía para convencerse de que su comportamiento u obsesión no es anormal sino que es compartido por miles de personas cariñosas, inteligentes y sensibles*”¹⁵¹. Lanning también afirma que una de las principales razones por la que los ofensores sexuales preferenciales usan las computadoras y la Internet es para buscar maneras de validar sus fantasías y

comportamientos con los de otras personas que tienen gustos similares¹⁵².

- **Seducir a una persona menor de edad y así disminuir sus inhibiciones (*grooming*).**

Este punto se refiere a un proceso de seducción que en inglés se denomina el *grooming process* y que consiste en una estrategia utilizada por los abusadores para manipular psicológicamente a sus víctimas con el objetivo de tener un control total sobre estas y así lograr que hagan lo que ellos quieren. Esto significa que el adulto que tiene un interés sexual en personas menores de edad, al contactar una de ellas por la vía de Internet (en muchas oportunidades haciéndose pasar por otro menor), poco a poco intentará ganarse su confianza y establecer una relación (de este modo logrará saber dónde vive, con quién, cuáles son sus gustos, etc.) para posteriormente propiciar un encuentro y abusar sexualmente de ella o tomar fotografías pornográficas, etc. Como parte del proceso de seducción, los depredadores pueden mostrar pornografía adulta o infantil a personas menores de edad intentando convencerles de que es algo “normal” que no tiene nada de malo ya que otras personas, adultos y niños, lo hacen. En otras palabras, se usa como un medio para que el menor de edad deje de inhibirse y actúe como el depredador lo desea.

- **Chantajear a una persona menor de edad.**

Es un hecho que “*las imágenes sexualmente*

148 HEALY, op. cit., p. 5.

149 Véase “Stockolm Congress Panel Report”, op. cit., CARR, op. cit., HEALY, op. cit., Save the Children Europe Group, op. cit. y la ECPAT Internacional, *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes: una mirada desde Centroamérica*, sin lugar, sin fecha, p. 14.

150 Wyre, R., 1992, *Pornography and Sexual Violence: Working with Sex Offenders*; Oxford University Press and Bibby, P. et al., 1996, *Organised Abuse*: Arena Press, citados en Save the Children Europe Group, op. cit., p. 9.

151 HEALY, op. cit., p. 10.

152 LANNING, op. cit., p. 95.

explícitas son usadas para asegurar el silencio para toda la vida de la víctima infantil con la amenaza de mostrar las fotografías a los padres, a sus iguales o a otros. Las víctimas infantiles no informarán siempre de las grabaciones gráficas aunque sí denuncien el abuso sexual- porque pueden sentirse avergonzados de lo que les ocurra por su participación en la actividad pornográfica”¹⁵³.

Save the Children Europe Group retoma este aspecto enfatizando que “el niño puede tener miedo de que la persona que posea la imagen la enseñe a sus padres o amigos, causándole una gran vergüenza o molestia” y agrega también que “Utting, Itzin y muchos otros también sugieren que la pornografía infantil puede ser usada para «atrapar al niño» aún más. Esto implica que el niño pueda llegar a creer que con su participación en el acto sexual inicial ha cometido un delito, lo que puede ser usado como una amenaza psicológica para obligarlo a cometer otras agresiones sexuales. Esto es importante en casos en los que los niños han sido obligados a tener una conducta sexual agresiva contra otros niños con el propósito de producir pornografía infantil”¹⁵⁴.

- **Preservar eternamente la imagen de una persona menor de edad en la edad preferida por el depredador sexual.**

Es una manera para el individuo de asegurarse de que por lo menos en la imagen fija o en el video la persona menor de su gusto, con quien puede o no haber tenido contacto sexual, siempre tendrá los rasgos y características que le provocan placer sexual.

- **Establecer una relación de confianza con**

otros adultos que tienen un interés sexual en personas menores de edad.

Los depredadores a menudo intercambian este tipo de materiales que pueden ser usados como medios para ganarse la confianza de otros que comparten sus gustos o de ciertos círculos o clubes a los que quieren unirse, utilizándolo como una prueba de su buena fe y de su “afición”.

- **Tener materiales como moneda de intercambio para obtener materiales nuevos y así ampliar una colección de pedopornografía.**

El intercambio es una práctica corriente en los grupos de consumidores de pornografía infantil ya que muchos de ellos tienden a ser grandes coleccionistas, a veces en forma compulsiva, de este tipo de materiales y de cualquier cosa que pueda aludir a los niños según los gustos de cada cual (ropa de niños, juguetes, revistas, enciclopedias, etc.) y de recuerdos de sus víctimas cuando las hay¹⁵⁵. La computadora y la Internet son herramientas perfectas para estos individuos ya que ofrecen espacios donde pueden encontrarse de manera virtual, pueden intercambiar materiales pedopornográficos de todo tipo, según reglas bien establecidas y organizar sus colecciones, entre otras cosas.

- **Obtener ganancias.**

Ya analizamos este aspecto en detalle cuando nos referimos anteriormente al carácter comercial de la pornografía infantil.

153 HEALY, op. cit., p. 11.

154 Save the Children Europe Group, op. cit., p. 9. Traducción de la autora.

155 Para más información sobre esta característica véase LANNING, op. cit., p. 61.

F. La pedopornografía en Internet: un ciberdelito sexual.

Los representantes de cuerpos de policía especializados en perseguir crímenes relativos a la pornografía infantil insisten en que los depreadores que cometen delitos relacionados con tales materiales en la red de redes están usando los sistemas informáticos como una herramienta para cometer dichos delitos y por lo tanto, no deben ser considerados como delitos informáticos ni como delitos nuevos¹⁵⁶. Esta clase de opiniones son el reflejo de una tipología que se acostumbra a usar cuando se toca el tema de los ciberdelitos. En efecto, el término de “cibercriminalidad” es un término genérico que define el conjunto de delitos penales que se pueden perpetrar en las redes de telecomunicaciones y en especial en la Red conocida comúnmente como Internet. Cubre dos categorías de delitos penales:

- Los delitos directamente relacionados con las tecnologías de la información y de la comunicación. En estos casos el sistema informático¹⁵⁷ (*hardware* y *software*) es el objeto mismo del delito;
- Los delitos perpetrados gracias al uso de la informática que se convierte solo en un medio para cometer el acto ilícito¹⁵⁸.

En otras palabras, según el Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia, que se apeg a esta

definición, la primera categoría corresponde al grueso de este tipo de delitos que son los delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos como, por ejemplo, el acceso ilícito a un sistema informático para obtener datos, la interceptación ilícita (la interceptación de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas) o las interferencias en los datos (actos que dañen, alteren o supriman datos informáticos).

La segunda categoría corresponde a delitos que existían antes de la aparición de Internet y que desde entonces son perpetrados usando la Red como un medio contra intereses jurídicos que están casi todos protegidos bajo el régimen del derecho penal, ya existente cuando son cometidos por medios tradicionales fuera del ambiente digital. En esta categoría se encuentran, según la clasificación del Convenio, el fraude y la falsificación informática, los delitos relacionados con la propiedad intelectual y la pornografía infantil¹⁵⁹. En dicho Convenio la categoría en la que está incluida la pornografía infantil se denomina “delitos relacionados con el contenido”, haciendo alusión directa a la ilegalidad de los contenidos transmitidos a través de la red de redes.

En la legislación costarricense, al igual que en la de muchos otros países, la pornografía infantil está considerada en el Código Penal como un

156 Véanse las ponencias de MANZI, op. cit., y de Michael T. Geraghty sobre “Technical Aspects of the Investigation” presentada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, op. cit.

157 Recordemos que se define en el artículo 1 inciso a) del Convenio como: “todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa”.

158 Esta definición es manejada por el Ministerio del Interior francés y los servicios bajo su tutela especializados en este tipo de crímenes. Información extraída de <http://www.interieur.gouv.fr/rubriques/c/c3_police_nationale/c3312_oclctic/presentation/#2> [Consulta: 5 abril 2004]. Para más información sobre la diversidad de definiciones propuestas por la doctrina véase CHINCHILLA SANDÍ, Carlos, *Delitos informáticos*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica, 2002, pp. 25-32.

159 También se podrían incluir los delitos relacionados con la propaganda racista en Internet. Sin embargo pese a que el tema se discutió durante la elaboración del Convenio no hubo consenso entre las partes y se decidió tratar el tema en un protocolo adicional posteriormente.

delito sexual, y los artículos que reprimen los delitos informáticos¹⁶⁰ en el mismo Código no contemplan ninguna disposición en materia de pedopornografía. Sin embargo, existe un proyecto de ley sobre delitos informáticos en la Asamblea Legislativa que fue presentado en setiembre del 2003 por iniciativa de la diputada María Elena Núñez y que se encuentra en estudio en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos¹⁶¹. En su artículo 14 se especifica lo siguiente, “se impondrá de cuatro a siete años de prisión, a la persona que utilice los medios informáticos o telemáticos para la difusión de material pornográfico donde se encuentren involucrados menores de edad”. En realidad, esta disposición duplica lo que ya estipula desde el 2001 el segundo párrafo del artículo 174 del Código Penal, que tipifica la difusión de pedopornografía por “cualquier medio”, es decir, cubre los casos de difusión por Internet tal como lo hemos discutido detalladamente con anterioridad.

G. ¿Dónde están los depredadores sexuales en Internet?

El ciberespacio es un lugar virtual donde los individuos que tienen un interés sexual en las personas menores de edad y los que quieren lucrar con esta desviación pueden actuar con gran libertad. En este mundo no tangible existen muchos canales y recursos que proporcionan medios a los depredadores para distintos fines, entre los que se encuentran como ya hemos comentado:

- Difundir e intercambiar imágenes, películas, videos, informaciones, etc.; o
- Buscar otras personas que tienen gustos afines y así formar comunidades, grupos, redes para

intercambiar información, consejos, vivencias, etc.; o

- Lucrar con la venta de materiales de contenidos ilegales; o
- Buscar o iniciar a víctimas potenciales.

A continuación identificaremos los principales recursos disponibles en el ciberespacio donde se intercambia, se compra, se distribuye, se ve o se descarga material pedopornográfico.

- **El Internet relay chat (IRC) y las salas de chat (de conversación).**

Las salas de chat nos permiten poder dialogar por escrito en forma interactiva y simultánea con otras personas que estén conectadas y quieran responder. En otras palabras, se trata de un sistema de conversación colectivo por escrito y en tiempo real. Esto permite que muchas personas del mundo entero puedan entrar en contacto por medio de mensajes escritos. Es importante aclarar que estos canales permiten a los usuarios intercambiar (mandar y recibir) fotografías, videos, películas y textos si así lo desean. Existen miles de canales de chat; en el IRC por ejemplo, se encuentran el *DALnet*, el *IRCnet*, el *Undernet* y el *EFnet*. El internauta tiene a su disposición un sinnúmero de salas de chat dentro de cada uno de estos canales, muchas de las cuales se organizan alrededor de los gustos de sus miembros por un tema en particular como, por ejemplo, la poesía, la literatura latinoamericana o el baseball. Sin embargo, los canales también albergan salas que han sido creadas para intercambiar materiales de contenido pedopornográfico y compartir informaciones sobre el tema. Las salas de chat pueden ser públicas, en cuyo caso cualquiera

160 Los que fueron incorporados por la Ley N° 8148 publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 21 de noviembre del 2001 para adicionar los artículos 196 bis, 217 bis y 229 bis al Código Penal para reprimir y sancionar los delitos informáticos.

161 Expediente legislativo N° 15.397, “Ley de delito informático”.

puede unirse a la conversación, o bien con acceso solo posible mediante pago. Algunas de las salas sobre pedopornografía son de difícil acceso en tanto para unirse a las conversaciones privadas es necesario conocer el nombre de la sala, que no está disponible fácilmente o una clave o palabras secretas como, por ejemplo, los nombres de series de fotografías pedopornográficas.

Además, los usuarios del IRC pueden usar lo que se denomina *Fservers* que permiten enseñar directamente (de una computadora a la otra) a otros usuarios los archivos (fotografías, textos, vídeos) almacenados en la computadora del individuo que desea compartírselos. Basta que un internauta acceda al sitio donde está anunciado el *Fserver* para acceder a los materiales puestos a disposición de los usuarios. Esta técnica permite mayor privacidad para desplegar materiales de contenido ilegal y chatear de forma más privada.

En mayo del 2005, la policía española desmanteló una red de depredadores sexuales quienes abusaban de niños, con una preferencia marcada por bebés. Estos individuos grababan las escenas y hacían circular las imágenes en Internet, especialmente a través de canales secretos del IRC. Unos años antes, en junio del 2001, y luego de un año de investigación, la policía francesa había organizado un operativo, denominado Forum 51, contra un grupo de depredadores sexuales que también utilizaban ciertos canales del IRC para intercambiar pornografía infantil. En esta ocasión arrestaron a más de 75 individuos.

Cabe destacar que en setiembre del 2003 la compañía Microsoft anunció el cierre inminente en la mayoría de los países del mundo de sus salas de chat gratuitas disponibles en su portal de Inter-

net MSN debido, entre otras cosas, a la proliferación de depredadores sexuales en búsqueda de víctimas menores de edad presentes en estos sitios y también debido a los materiales pornográficos que circulaban en ellos. Más recientemente, el informe del 2005 del gobierno de México presentado al Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía reportó que en colaboración con la policía cibernética de ese país, el portal nacional T1msn había decidido cancelar sus servicios de chat como una medida preventiva, motivado también por las numerosas quejas de usuarios acerca de su funcionamiento poco ético¹⁶².

- **Las redes de intercambio de archivos conocidas como P2P o *peer to peer*.**

En términos sencillos, el P2P es un sistema que permite el intercambio de ficheros numéricos, es decir, de datos informáticos (textos, imágenes, videos) de una computadora a otra sin pasar por un servidor central. Tradicionalmente, el internauta desde su computadora usa Internet descargando o buscando informaciones que se encuentran almacenadas en lo que se denomina un servidor central. En estos casos, la computadora del internauta tiene el papel de cliente en la medida en que solicita la información al servidor. A cambio, el papel del servidor es mandar la información en respuesta a una solicitud del cliente.

En el caso del sistema P2P -como por ejemplo, la conocida red *Gnutella*- no hay servidores centrales y no existe esta división del trabajo entre computadoras que solamente piden informaciones y otras que solamente responden enviando las informaciones solicitadas. Cada computadora

162 Para mayor información véase <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/Mexico%20Gov.pdf>> [Consulta: 18 agosto 2005].

tiene el rol doble de cliente y servidor a la vez; así, la información fluye de una computadora a otra sin pasar por un servidor central. Este sistema tiene como característica permitir una mayor privacidad entre los usuarios, ya que cada uno acepta o rechaza enviar la información que tiene almacenada en su computadora a otro usuario. Las personas que desean penetrar en la información almacenada en la computadora de otro internauta para ver su colección de videos de pedopornografía, por ejemplo, precisan poseer una clave o un permiso que el dueño debe proporcionarles. Usando este canal también se puede chatear.

El P2P hace mucho más difícil que los ciberpolicías rastreen la información enviada y recibida, lo que en los casos de materiales pedopornográficos resulta ser muy conveniente para los depredadores sexuales. Debido a esas características, esta red ha sido señalada por muchos como uno de los sitios más populares para intercambiar pedopornografía¹⁶³. En un intento para remediar esta situación, la Guardia Civil española presentó en el *IV Foro de Encuentro de Ciberpolicías*¹⁶⁴ un nuevo buscador que desarrolló denominado Hispalis. Ese motor de búsqueda está diseñado para rastrear las redes P2P y analizar el contenido de las fotografías y de los videos que se encuentran en ellas a fin de detectar si son de carácter pedopornográfico. Hasta el día de la presentación se habían analizado más de 200.000 fotografías y videos de los cuales 50.000 resultaron ser pornografía infantil¹⁶⁵.

En junio del 2005, el Cuerpo Nacional de Po-

licía y la Guardia Civil españolas realizaron dos operaciones, llamadas Enea y Hunter, en las que arrestaron a 186 personas por presunta implicación en delitos relacionados con tenencia y producción de pedopornografía, entre otras cosas. La policía logró determinar que los implicados distribuían e intercambiaban estos materiales usando el sistema P2P, utilizando claves que les permitían acceder directamente a las computadoras de otros usuarios de la misma comunidad de depredadores sin tener que colgar los materiales ilegales en la Red.

• El World Wide Web (WWW).

Esta Red agrupa todas las páginas de Internet (*webpages*) y se estima que existen aproximadamente dos mil millones de estas páginas accesibles para el público en general. Las páginas pueden desplegar imágenes, textos y sonidos. Algunas son gratuitas y otras solo permiten su acceso mediante el pago de cierta cantidad de dinero. Las páginas comerciales de pornografía adulta son innumerables. Como hemos comentado anteriormente, existe una cierta cantidad de páginas comerciales de pornografía infantil aunque no se sabe a ciencia cierta cuántas son. Las direcciones de muchas de estas páginas, cuando no son conocidas por el usuario, pueden ser encontradas fácilmente por medio de los motores de búsqueda.

En ese sentido ya nos referimos, por ejemplo, al operativo llamado *Avalanche*, organizado por las autoridades estadounidenses y mediante el

163 Véanse por ejemplo en las ponencias de MANZI, op. cit., de COLLINS, op. cit., en el informe del Forum des droits sur l'internet, op. cit. y en "Pornographie sur Internet, priorité donnée à la protection des mineurs", periódico *Le Monde*, Francia, 21 de setiembre del 2005.

164 *IV Foro Iberoamericano de Encuentro de Ciberpolicías*, 24-28 de octubre del 2005, Sevilla, España.

165 Véase "La Guardia Civil desarrolla el buscador Hispalis en la operación Azahar contra la pornografía infantil", [en línea] *Yahoo Noticias*, 27 de octubre del 2005. Disponible en <<http://es.news.yahoo.com>> [Consulta: 31 octubre 2005].

cual fueron arrestados en 1999 los responsables de la sociedad *Landslide Productions*, ubicada en Texas, quienes operaban un sitio Web en el que vendían pornografía infantil.

Algunas de las páginas Web solamente pueden ser accedidas mediante claves. En junio del 2005, las policías de trece países europeos llevaron a cabo un operativo denominado *Icebreaker* y coordinado por EUROPOL, a raíz de las informaciones proporcionadas por las autoridades italianas unos meses antes. Los usuarios de este grupo debían utilizadas varias claves, entre otras cosas, para ingresar a ciertas páginas donde se desplegaban materiales de contenido ilegal.

- **Los foros de discusión (*Usenet newsgroups*).**

Los foros de discusión son salas virtuales donde las personas se agrupan para compartir informaciones y dialogar pero no en forma simultánea sino mediante un sistema de conferencia electrónica llamado *Usenet*. Básicamente los foros están organizados como tableros de boletines donde los usuarios dejan mensajes y los demás responden a estos mensajes si así lo desean. En este sentido, dicho sistema se asemeja un poco a la modalidad del correo electrónico. Los foros aglutinan a usuarios interesados en un tema específico (sobre viajes, deportes, computadoras, etc.) y existen miles de ellos. En estos foros o grupos de discusión se pueden intercambiar imágenes y textos.

Muchos foros albergan grupos dedicados a temas relacionados con el sexo en general y la pornografía infantil en particular. Se considera que en un gran número de estos foros se inter-

cambian contenidos (imágenes y textos) extremadamente fuertes, incluso más que en ciertos sitios Web de pornografía para adultos.

- **El correo electrónico (*e-mail*) y los *blogs*.**

El correo electrónico conocido como *e-mail* es un medio que permite el intercambio de mensajes a los cuales se pueden adjuntar imágenes móviles o fijas, con o sin sonido, entre personas que conocen sus direcciones mutuas. No es un intercambio en tiempo real como en las salas de chat. El emisor del mensaje manda su mensaje y el receptor lo lee cuando abre su cuenta de correo electrónico donde los mensajes se acumulan. Es relativamente fácil falsificar las direcciones desde donde se mandan los mensajes, especialmente cuando se usa este medio para cometer algún delito como enviar material de pornografía infantil¹⁶⁶, enviar mensajes para estafar a personas o instituciones, etc. El 30 de marzo del 2006, la Guardia Civil española arrestó a 22 personas en toda la península ibérica en el marco de una operación denominada *Tijuana-Panamá*. Dichas personas pertenecían a una red de depredadores sexuales que intercambiaban pedopornografía por correo electrónico. Las autoridades a cargo del operativo subrayaron que era una novedad para ellos haber encontrado y desbaratado una red de esa naturaleza que difundiera dichos materiales mediante el correo electrónico, un medio que, a su criterio, no es usado con tanta frecuencia como los otros que acabamos de mencionar¹⁶⁷.

Por otro lado, es necesario destacar creciente popularidad entre adolescentes y pre-adolescentes.

166 Veremos más adelante cómo en el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, el correo electrónico se convirtió en un recurso de vital importancia para comprobar y corroborar la culpabilidad de los depredadores sexuales sospechosos.

167 Para mayores detalles véase Yahoo Noticias <<http://es.search.yahoo.com/search/news?fr=nhp&source=yahoo&p=pornografia%20infantil%20&ei=ISO-8859-1>> [Consulta: 30 marzo 2006].

tes de los llamados *blogs*. Tales *blogs* son páginas Web que despliegan en forma cronológica cualquier tipo de información escrita sobre un tema específico o bien que tiene un uso particular. El o los autores escriben sus pensamientos, comentarios día a día como si fuera una especie de diario personal en-línea. Por lo tanto, existen *blogs* de tipo personal, periodístico, político, educativo, etc. A su vez, cualquier internauta puede responder o comentar sobre el contenido del texto desplegado. Algunos de esos sitios se han vuelto muy populares y en ciertos casos firmas editoriales han propuesto a sus autores publicar sus contenidos en un libro. Los *vlogs* son una variación del *blog* en el sentido que son una galería de videos ordenados en forma cronológica. Él o los autores pueden o no permitir a los demás internautas hacer comentarios o bien introducir otros videos en la galería. Finalmente, los *moblogs* son *blogs* que pueden ser escritos y actualizados desde equipos móviles tales como teléfonos celulares y agendas electrónicas (*Personal Digital Assistant (PDA)*) que tienen una conexión a la Internet. Al ser un espacio que permite encuentros virtuales con otros internautas, los *blogs* constituyen una herramienta adicional para que depredadores sexuales puedan contactarse con personas menores de edad en especial con las que no tienen conciencia de que se debe respetar normas básicas de seguridad cuando se conectan a la Red digital.

- **La tecnología *i-Mode* y otros dispositivos.**

La técnica de *i-Mode* permite presentar datos

de la Web en la pantalla de los teléfonos celulares para que sean legibles. Desde los celulares -los cuales se calcula son alrededor de 2 mil millones en el mundo¹⁶⁸- que posean esta tecnología se puede navegar en Internet, mandar y recibir fotografías, así como intercambiar correos electrónicos. Algunos celulares también tienen incorporadas cámaras digitales, por lo tanto es fácil entender por qué estos recursos resultan ser una herramienta adicional para los depredadores sexuales que pueden usarlos para fotografiar con mucha discreción a personas en lugares públicos sin su conocimiento y luego editar o alterar esas imágenes como lo deseen y enviarlas a quien deseen y cuando lo deseen.

Los videos digitales también permiten a los depredadores poder filmarse en vivo mientras tienen relaciones sexuales con personas menores de edad. En efecto, la tecnología les permite transmitir el vídeo en vivo, o bien en diferido, a cualquier rincón del planeta y a cualquier individuo mediante una simple conexión a la computadora. En marzo del 2006, las policías británicas, canadienses, estadounidenses y australianas desmantelaron una red de depredadores sexuales algunos de los cuales transmitían en vivo en la Red mediante cámaras de video, las escenas de abuso con las personas menores con las cuales estaban realizando el contacto sexual¹⁶⁹.

ECPAT internacional señala también el rápido crecimiento de los juegos interactivos en línea y sus versiones portátiles que estarán disponibles

168 Más específicamente, acerca del uso de los celulares por parte de personas menores de edad, es oportuno resaltar que según una encuesta del Eurobarómetro (2005) realizada con personas menores de 17 años en los 25 países miembros de la Unión Europea, el 41 % de los jóvenes europeos de 10-11 años tiene un teléfono celular, lo cual sube al 70% cuando tienen 12-13 años, al 87% para los de 14 a 15 años y finalmente al 87 % para los que tienen 16 y 17 años. Special Eurobarometer 250, "Safer Internet". Para mayores detalles pueden consultar el informe en la siguiente dirección <http://europa.eu.int/information_society/activities/sip/docs/eurobarometer/eurobarometer_2005_25_ms.pdf>.

169 Para mayores detalles véase Yahoo Noticias en <<http://es.search.yahoo.com/search/news?fr=nhp&source=yahoo&p=pornografia%20infantil%20&ei=ISO-8859-1>>.[Consulta: 15 marzo 2006].

masivamente en el mercado en un futuro cercano, mediante los cuales millones de niños, niñas y adolescentes podrán conectarse a la Red con el peligro que esto representa¹⁷⁰.

Finalmente, es importante mencionar que existen programas de codificación que permiten que un archivo de texto o de imagen sea escondido a fin de que solamente el destinatario pueda leerlo

o verlo. El emisor que tiene un programa que le permite codificar¹⁷¹ el texto o la imagen, le manda el documento a un receptor que tiene un programa que le permite descodificar¹⁷² el documento recibido y así ver la fotografía o leer el texto. Si bien esta técnica no está diseñada para disimular exclusivamente contenidos ilegales, es utilizada con frecuencia por las personas que intercambian pedopornografía en el ciberespacio.

170 ECPAT International, *La violencia contra los niños en el ciberespacio*, contribución al estudio mundial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, Tailandia, setiembre 2005, p.11.

171 El término utilizado en inglés es “*crypted*”.

172 El término utilizado en inglés es “*uncrypted*”.

CAPÍTULO II

Análisis del marco jurídico nacional que regula la pornografía infantil y de los principales instrumentos supranacionales en la materia.

Costa Rica, junto con Chile, Colombia, Brasil, México, Perú y República Dominicana, entre otros, es parte del grupo de países latinoamericanos que consideran la pornografía infantil como un delito en sus respectivas legislaciones¹⁷³. En efecto, tal como mencionamos en el capítulo anterior, el Código Penal costarricense contiene actualmente dos artículos, 173 y 174, que tipifican específicamente varios delitos relacionados con este tipo de pornografía.

El artículo 173 se refiere al delito de fabricación o producción de pornografía y estipula, *“quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Será sancionado con pena de prisión de tres a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales”*¹⁷⁴.

El artículo 174 por su parte tipifica el delito de difusión de pornografía al establecer que, *“quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años. La misma pena se impondrá a*

*quien exhiba, difunda, distribuya o comercie, por cualquier medio y cualquier título, material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad o donde se utilice su imagen, o lo posea para estos fines”*¹⁷⁵.

Los artículos 173 y 174 fueron introducidos por la Ley N° 7899 conocida como la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, adoptada el 3 de agosto de 1999¹⁷⁶. Esta ley reformó profundamente la legislación penal costarricense en materia de delitos sexuales¹⁷⁷ y, específicamente en lo relativo a la pornografía infantil, creó los dos tipos penales a los cuales aludimos¹⁷⁸.

En el proyecto de ley original, las conductas relacionadas con pedopornografía que se buscaban sancionar estaban agrupadas en un solo artículo redactado de la siguiente manera: *“quien fabrique, produzca o comercie material pornográfico utilizando personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años”*¹⁷⁹.

173 Para una lista más completa de países véase la ponencia del representante de UNICEF en el Seminario sobre *La cooperación policial internacional ante la delincuencia informática*, op. cit.

174 *Código Penal*, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica, 2004.

175 *Ibíd.*

176 Publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 159 del 17 de agosto de 1999.

177 Para más detalles sobre las nuevas disposiciones de la ley, véase CLARAMUNT, María Cecilia (coord.), *Explotación sexual comercial de personas menores de edad en Costa Rica*, IPEC/OIT, 1ª ed., San José, Costa Rica, 2002, pp. 51-53.

178 Para más detalles sobre la legislación penal vigente en materia de delitos sexuales antes de esta reforma, véase GUTTIÉRREZ VILLALOBOS, Maribel, *Delitos sexuales: aumento de las penas y su eficiencia punitiva*, EUNED, 1ª ed., San José, Costa Rica, 1999, pp. 51-114.

179 Artículo 168 bis en el informe técnico del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Expediente legislativo N° 13.389 “Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad”, p. 10.

Pese a que, sin lugar a duda, la introducción de estos dos tipos penales fue un avance, rápidamente se señalaron vacíos e imprecisiones en sus enunciados y en algunos de los demás artículos reformados por la nueva ley¹⁸⁰. Uno de los primeros vacíos legales en señalarse se refería al artículo 174 relativo a la difusión de pornografía. Uno de los defectos del texto adoptado en 1999 era que no tipificaba específicamente la difusión de pornografía infantil. En efecto, su único párrafo contemplaba sancionar la difusión de pornografía en general a las personas menores de edad.

Una iniciativa de la diputada Rina Contreras logró remediar esta situación al proponer la adición de un segundo párrafo en el 2001 con el fin de penalizar a quien exhibiera o difundiera, por cualquier medio, material pornográfico en el que aparecieran personas menores de edad¹⁸¹. Cabe destacar que si bien esta última reforma fue motivada por el deseo de los legisladores de querer sancionar una conducta que había quedado por fuera del ámbito de aplicación de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, otro motivo para adicionar este segundo párrafo fue la voluntad de ilegalizar los actos descritos cuando se perpetraban por medio de Internet. Así consta en el preámbulo del proyecto de ley donde se disponía: *“con tristeza hemos observado a nuestros niños, niñas y adolescentes ser expuestos sexualmente en todos los medios de comunicación, en especial los medios informáticos como INTERNET, con el propósito de promover el turismo de carácter sexual”*¹⁸².

Otro importante vacío que debemos rescatar es que no existe un artículo que defina con precisión lo que se considera pornografía infantil tal como se hace, por ejemplo, en el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en sus artículos 2 y 9¹⁸³ respectivamente. Esta situación obliga a los operadores de la justicia a inferir -con la inseguridad jurídica que puede implicar- de los términos utilizados en los enunciados de los citados artículos cuáles son los alcances de dicha norma. Por ejemplo, si nos apegamos a las palabras usadas en el artículo 173, parece que fabricar o producir pedopornografía auditiva o escrita (caricaturas o cuentos), además de la pedopornografía visual, sería delito mientras difundirla o exhibirla (artículo 174) no sería delito.

No omitiremos mencionar que antes de la promulgación de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad (1999), se adaptó el Código de la Niñez y Adolescencia en 1998 con el fin de adecuar la legislación nacional a los postulados enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Costa Rica en 1990. Si bien este hecho constituyó un gran avance para la niñez costarricense, para efectos específicos del presente estudio, procederemos a señalar que dicho Código *“tiene la característica de que no contempla normas de naturaleza penal, no crea delitos, sino sanciones de multa por incumplimiento de las obligaciones establecidas en su articulado, y que tampoco*

180 Para una lista detallada de las críticas, véase CLARAMUNT, op. cit., pp. 52-54 y también RODRÍGUEZ, op. cit., p. 85.

181 Expediente legislativo N° 13.909 “Adición de un párrafo segundo al Artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970”.

182 Diario Oficial La Gaceta N° 104 del 31 de mayo del 2000.

183 Para una versión en castellano del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, véase *Compromisos y acciones contra la explotación de niñas, niños y adolescentes*, Patronato Nacional de la Infancia, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de la Presidencia, Asamblea Legislativa, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 2004, p. 37. La versión original en inglés está disponible en <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>>.

*hace un desarrollo normativo de fondo sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, y carece de disposiciones expresas en materia de explotación sexual*¹⁸⁴.

Por otro lado, es importante señalar que además de los artículos 173 y 174 del Código Penal existen muchas otras disposiciones en la legislación costarricense que tienen una relación o incidencia directa o indirecta en los casos de pornografía infantil. Se trata de aspectos definidos en el derecho procesal penal y en leyes especiales, algunos de los cuales se detallarán en el presente capítulo.

Antes de proceder, cabe aclarar que la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos¹⁸⁵ establece las obligaciones del Estado para efectos de regular tales actividades en función de los bienes que tutela y protege nuestro ordenamiento jurídico. Entre tales bienes sobresale la especial protección que debe brindarse a las personas menores de edad y a la familia. Esta labor de regulación se ejerce en relación con el acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos, y a la difusión y comercialización de ese tipo de materiales.

Para los efectos de este trabajo procede señalar que la normativa precitada permite al Estado ejercer un control sobre los materiales audiovisuales tradicionales (escritos, videos, televisión) y espectáculos públicos por lo que su ámbito de aplicación no cubre la producción y propagación de tales materiales a través de la red de redes, su producción o tenencia en un soporte digital. Además, se refiere al material pornográfico en

general y su objetivo consiste en proteger a las personas menores de edad en su calidad de potenciales espectadores y lectores, y no como protagonistas-víctimas del material.

Por otro lado, es preciso mencionar el decreto ejecutivo denominado Reglamento de Control y Regulación de Locales que Ofrecen Servicio Público de Internet¹⁸⁶ firmado en el 2004 como otro ejemplo de censura previa necesaria para proteger los intereses de los niños, niñas y adolescentes. En efecto tiene como objeto prevenir el acceso a material pornográfico por parte de personas menores de edad en los llamados cafés Internet, así como a cualquier otro lugar público donde se ofrece el servicio de acceso a Internet. Si bien dicho decreto surge como una medida necesaria que tiene cierta conexidad con el tema que nos ocupa, al igual que en el caso anterior, se busca proteger a las personas menores de edad para evitar que sean expuestas a contenidos que podrían serles perjudiciales por su corta edad en su condición de potenciales espectadores en los lugares públicos o en los cafés Internet.

En cambio, aclaramos que nuestro objeto de estudio se refiere a analizar aspectos relacionados con materiales en los cuales las personas menores de edad son retratadas mientras se abusa sexualmente de ellas. Los niños, las niñas y los y las adolescentes tienen, en estos casos, el doble estatus de protagonistas y víctimas y no solamente de espectadores o lectores aunque, como ya hemos visto, en ciertos casos la pedopornografía puede ser usada también para intentar convencer a las personas menores de edad de involucrarse en esas actividades.

184 CLARAMUNT, op. cit., p. 50.

185 Ley N° 7440. Esta ley fue reglamentada mediante decreto ejecutivo N° 26.937 del 27 de abril de 1999.

186 Decreto ejecutivo N° 31.763 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 88 del 6 de mayo del 2004.

Finalmente, además de examinar los enunciados de los artículos 173 y 174 que regulan la pornografía infantil, así como otras normas conexas de derecho procesal penal y de derecho sustantivo, el presente capítulo también pretende analizar en detalle las disposiciones de algunos instrumentos internacionales y regionales que son una referencia en materia de pornografía infantil y compararlas con las normas en la materia vigentes en el país.

Algunos de estos instrumentos internacionales son de acatamiento obligatorio, otros no. Algunos están vigentes en Costa Rica, otros no. Sin embargo, todos tienen en común el ser particularmente relevantes para reprimir y sancionar la pedopornografía o bien para ser usados como parámetros en caso de futuras reformas legales en la materia.

A. El Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia¹⁸⁷.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia¹⁸⁸ nace, entre otras cosas, de la convicción de varias instancias europeas de que el carácter transnacional de los delitos y crímenes cometidos a través de Internet implica que la prevención y represión de dichos delitos no sería exitosa sin la adopción de un instrumento jurídico internacional que

planteara y enumerara tanto medidas legales (que abarquen aspectos del derecho penal sustantivo y procesal) como procedimientos apropiados para mejorar la cooperación internacional¹⁸⁹.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia¹⁹⁰ es el primer y único instrumento en el ámbito internacional en materia de ciberdelincuencia, y apunta principalmente a:

1. *“Armonizar los elementos de los delitos en el área del derecho penal sustantivo doméstico”¹⁹¹ así como las disposiciones conexas en materia de ciberdelincuencia;*
2. *Otorgar al derecho penal procesal doméstico, los poderes necesarios para investigar y perseguir los delitos de este tipo así como otros delitos cometidos por medio de sistemas informáticos o en el contexto de los cuales existen pruebas en el formato electrónico;*
3. *Crear un régimen eficaz y rápido de cooperación internacional”¹⁹².*

Como parte de las estrategias y acciones emprendidas contra la explotación sexual de las personas menores de edad, la presidencia de la República¹⁹³ solicitó en el 2004 al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto girar instrucciones a su misión en Ginebra, Suiza, con el fin de analizar los procedimientos a seguir para que el país pudiera adherirse al mencionado Convenio así

187 En vista de que las versiones oficiales de dicho Convenio están disponibles únicamente en inglés y francés, en este trabajo se usará como referencia la versión en castellano traducida por la oficina de interpretación de lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España disponible en *Compromisos y acciones contra la explotación de niñas, niños y adolescentes*, op. cit., p. 37.

188 De ahora en adelante “Convenio” se refiere al Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

189 En ese sentido ver el preámbulo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia: *“Convencidos de la necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de una legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional”*.

190 Para mayores detalles sobre las reservas emitidas y otros aspectos relativos a dicho Convenio se puede consultar el portal del Consejo de Europa en <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>> y, para mayores detalles sobre el Consejo de Europa en general se puede consultar su portal a la siguiente dirección <<http://www.coe.int/>>.

191 El término “doméstico” se refiere al ámbito nacional de los 46 países miembros del Consejo de Europa.

192 Informe explicativo (Explanatory Report) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, op. cit., p. 4. Traducción de la autora.

193 El período de la administración del Presidente Abel Pacheco de la Espriella fue de mayo del 2002 a mayo del 2006.

como su Protocolo sobre Ciberxenofobia¹⁹⁴. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, fruto de un proceso de redacción de cuatro años, fue impulsado gracias a la iniciativa del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo, Francia. De concretarse el proceso de adhesión, y de no existir una iniciativa parecida por parte de otro país de la región, Costa Rica se convertiría en el primer país latinoamericano en ser un Estado parte de dicho Convenio.

La adhesión al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, al igual que a cualquier otro de esta naturaleza, tendría consecuencias en el ordenamiento jurídico del país, razón por la que procederemos a estudiar el artículo 9 del Convenio relativo a los delitos de pornografía infantil así como algunos otros aspectos conexos que parecen importantes a la luz del tema que nos ocupa. Por razones de pertinencia, no analizaremos en detalle las disposiciones del Convenio sobre la Ciberdelincuencia que tocan aspectos del derecho penal procesal, de territorialidad (jurisdicción) o mecanismos de cooperación internacional (principios relativos a la cooperación mutua y la extradición). Simplemente aclararemos que las disposiciones de dicho Convenio en materia de derecho procesal tienen como objetivo principal adaptar procedimientos y técnicas de investigación tradicionales a un nuevo y retador ambiente tecnológico. Este ambiente tiene características muy específicas tales como la volatilidad de los datos y de la información, la dificultad de identificar o localizar a los responsables o de determinar el impacto de los daños causados.

1. Consideraciones generales.

Es importante recordar que el Convenio se abrió para su firma a partir del 23 de noviembre del 2001 y requería la ratificación de cinco países, tres de los cuales debían ser miembros del Consejo de Europa, para entrar en vigor¹⁹⁵. Después de haber sido ratificado por Albania, Croacia, Estonia y Hungría, Lituania fue el quinto país en seguir este paso en marzo del 2004. Para el 15 de agosto del 2005, de los cuarenta y dos países que firmaron el Convenio sobre la Ciberdelincuencia solamente 11 lo habían ratificado. Notamos que con la excepción de Chipre y Dinamarca, todos los demás países que ya ratificaron dicho instrumento, son de Europa del Este. Asimismo, observamos que, de los cuatro países que aún sin ser miembros del Consejo de Europa han firmado este Convenio - Canadá, Japón y África del Sur, Estados Unidos - solamente el último lo ha ratificado¹⁹⁶. Finalmente, Rusia, un país que es señalado frecuentemente como uno de los mayores productores de pornografía infantil en el mundo, no es parte del Convenio dado que ni siquiera lo había firmado para agosto del 2005¹⁹⁷.

La ratificación por parte de Lituania tiene como primera y principal consecuencia que el Convenio entró en vigor a partir del 1º de julio del 2004 y como segunda consecuencia que Costa Rica, al igual que cualquier otro país, puede empezar las gestiones necesarias para adherirse al Convenio. En efecto, siguiendo las condiciones establecidas en el artículo 37, se

194 Véase *Compromiso y acciones contra la explotación de niños, niñas, y adolescentes*, op. cit., p. 6.

195 Según los términos del artículo 36, inciso 3). Esto se debe a que algunos de los países que participaron en la elaboración del Convenio y posteriormente lo firmaron, no son miembros del Consejo de Europa. Se trata de los Estados Unidos, Canadá, Japón y de África del Sur.

196 El Senado de los Estados Unidos ratificó dicho Convenio el 3 de agosto del 2006.

197 Se puede consultar el estado de las ratificaciones del Convenio actualizado en el portal del Consejo de Europa en <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=15/08/2005&CL=ENG>>.

prevé que los Estados que no sean miembros del Consejo de Europa y no hayan participado en su elaboración, tal como es el caso de Costa Rica, puedan solicitar ser parte del Convenio mediante el mecanismo de la adhesión. Según dispone el citado artículo, el Comité de Ministros del Consejo, luego de haber realizado las consultas del caso y de haber obtenido el acuerdo unánime de los Estados parte del Convenio, puede invitar al país solicitante a adherirse al Convenio.

El texto del Convenio establece en sus 48 artículos, normas estandarizadas mínimas para los Estados partes¹⁹⁸. Esto tiene como importante consecuencia, entre otras, que cualquiera de ellos tiene libertad de aplicar una política penal más severa en relación con la materia regulada.

Cabe destacar que dentro del capítulo II relativo a las medidas que deberían adoptarse en el ámbito nacional se plantean aspectos relativos tanto al derecho penal sustantivo (sección I) como al derecho penal procesal (sección II). Se identifican nueve delitos agrupados dentro de cuatro categorías. Una de esas categorías se denomina *delitos relacionados con el contenido*¹⁹⁹ y contiene un solo artículo que detalla los delitos en materia de pornografía infantil. En efecto, este artículo busca criminalizar todos los actos de los involucrados en la cadena humana implicada desde la producción hasta la posesión de pornografía infantil, incluyendo todos los pasos intermedios.

Específicamente, el artículo 9 estipula:

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas

y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a. La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;*
- b. La oferta o puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;*
- c. La difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático;*
- d. La adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;*
- e. La posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.*

2. A los efectos del anterior apartado 1, por pornografía infantil se entenderá 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 forma sexualmente explícita;*
- c. Imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.*

3. A los efectos del anterior apartado 2, por menor se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años.

4. Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1, y las letras b) y c) del apartado 2”.

198 Consta de cuatro capítulos, el primero se refiere a la terminología, el segundo a las medidas que deberán adoptarse en el ámbito nacional, el tercero a la cooperación internacional y el último enumera las disposiciones finales.

199 Las otras tres categorías son los delitos relacionados con infracciones a la propiedad intelectual y de los derechos afines, los delitos informáticos (fraude informático y falsificación informática), los delitos contra la confidencialidad, la integridad, y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito, interceptación ilícita, interferencia en los datos, interferencia en el sistema, y abuso de los dispositivos).

A la luz de los términos de este artículo, de prosperar la adhesión de Costa Rica al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, los ajustes a la legislación penal nacional en la materia que deberían efectuarse posteriormente tendrían como propósito llenar algunos vacíos existentes y complementar algunas de las disposiciones ya presentes en la legislación costarricense.

2. Consideraciones específicas.

Los apartados 2 y 3 del artículo 9 regulan aspectos que están relacionados con el tema de la definición de la pornografía infantil, que analizamos detalladamente en el capítulo anterior. Específicamente, en el contexto de dicho artículo, coincidimos con el Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía cuando afirma que al ilegalizar tanto la representación visual de un menor de edad real, como la de una persona que parece ser una persona menor (inciso b) así como las imágenes realistas que representan a un menor (inciso c), se hizo evidente la voluntad de los redactores del Convenio de ilegalizar la pseudopornografía²⁰⁰. Recordamos de nuevo que la pseudopornografía abarca tres modalidades: los casos en los que la persona menor de edad retratada es creada completamente de forma digital; los casos en los que la imagen de la persona representada ha sido recompuesta tomando partes de varias personas (mayores o menores) o retocada para darle una apariencia de un menor de edad, es decir, una persona que no existe en la realidad; y finalmente los casos en los que se reconstruye un escenario pornográfico con imágenes de personas menores de edad reales que han sido superpuestas en ese escenario, habiendo sido

originalmente imágenes de contenido ajeno a cualquier contenido pornográfico.

Siempre según el Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, con estas disposiciones, las personas a cargo de redactar el Convenio buscaron tutelar diferentes intereses legales de las personas menores de edad ante una variedad de situaciones de violencia sexual que pueden acontecer en su contra. Así, el inciso que se refiere a las imágenes de personas menores reales trata de proteger directamente a dichas personas contra cualquier abuso sexual mientras los incisos siguientes buscan su protección en la medida que pretende impedir situaciones donde cualquier ofensor sexual pueda utilizar el material señalado para convencerlos o seducirlos a que participen en actos sexuales similares, y fomentar de este modo una subcultura que promueva el abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Esto, pese a que en tales casos, el material no retrate a una persona que sea realmente menor de edad o a una persona que ni siquiera existe de verdad²⁰¹.

Por otro lado, el apartado 1 del artículo 9 se inicia indicando que *“cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos...”*. De ese modo se establece un requisito de mens rea, es decir, que todos los delitos inventariados en este artículo deben cometerse deliberadamente para que haya responsabilidad criminal. En concreto, se requiere que la persona deba tener la voluntad y el conocimiento de que está adquiriendo, difundiendo, ofreciendo pornografía infantil o perpetrando cualquier

200 Informe anual del 2005 del Relator Especial, op. cit., párrafo 31.

201 Ibíd., párrafo 32.

otra conducta enumerada en el artículo 9. Los redactores del Convenio dejaron a cada Estado parte la libertad de interpretar este concepto de intencionalidad.

Además, vemos que junto al elemento de intencionalidad o voluntad debe existir un segundo elemento para que se pueda establecer algún tipo de responsabilidad penal. En efecto, la conducta debe realizarse “en forma ilegítima”. Esto implica que la conducta *per se* no es necesariamente ilegal ya que cada país puede prever en su legislación penal condiciones o circunstancias que legitiman la actuación y, consecuentemente así impedir que la persona enfrente algún tipo de responsabilidad penal. Tal puede ser el caso cuando, por ejemplo, la policía posee el material ilegal luego de haberlo incautado por orden judicial o bien cuando son materiales pedopornográficos bajado de Internet y cuando se posee para fines científicos, como un trabajo de investigación académica. A cada Estado parte le compete establecer cuáles son estas circunstancias o condiciones en sus respectivas legislaciones.

El mismo artículo también especifica que cada Estado parte deberá adoptar medidas que no sean solamente de tipo legal sino también de otra índole. Podemos interpretarlo como la voluntad por parte de los redactores de dejar claro que la lucha contra la pornografía infantil no se limita al ámbito legal sino que implica que se tomen en consideración una serie de medidas desde otros ámbitos (sociales, educativos, etc.) para así abordar el problema en forma integral.

Las conductas específicas ilegalizadas en el Convenio son la producción de pedopornografía con vista a su difusión, la oferta o puesta a disposición de pedopornografía, su difusión o transmisión, su adquisición y posesión. En el anexo I presentamos de manera comparativa esas conductas

del apartado 1 del artículo 9 del Convenio con las enumeradas en los artículos 173 (fabricación o producción de pornografía) y 174 (difusión de pornografía) del Código Penal costarricense y en el artículo 3 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Debido a que el ámbito de aplicación del Convenio es el ciberdelito, su artículo 9 especifica para cada tipo penal enumerado la condición de que sea cometido por medio de un sistema informático o que la información sea guardada en un modo de almacenamiento de datos informáticos. Al respecto, el Código Penal costarricense presenta una diferencia ya que su artículo 174 relativo a la difusión no se limita únicamente a los sistemas informáticos. En efecto, su texto se refiere a la difusión “por cualquier medio”, expresión similar a la empleada en el inciso c) del artículo 2 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía en el que se define la pornografía infantil. A nuestro criterio no hay ambigüedad en relación con el significado de la expresión “por cualquier medio”. Claramente podemos inferir de ella que se tipifica tanto la pedopornografía que se distribuye en los medios tradicionales, es decir, la que se presenta en revistas, videos, fotografías, etc., como la que se difunde a través de un sistema informático. En cuanto al texto del artículo 173 del mismo Código Penal -el cual tipifica la producción de pedopornografía- no se refiere a la producción “por cualquier medio” ni por ningún medio en específico. La redacción de esta figura penal podría ser más clara, y sería deseable que lo fuera, ya que dicho vacío es un portillo abierto que podría conducir a interpretaciones contradictorias por parte de los tribunales de justicia.

En el anexo I, observamos que el Convenio sanciona la adquisición y posesión privada de

pedopornografía. Sin embargo, el apartado 4 del mismo artículo prevé que los Estados partes puedan decidir no tipificar estas dos conductas, ya sea en parte o en su totalidad mediante el mecanismo de las reservas. Además, el mismo apartado también dispone que los Estados partes pueden escoger no calificar como pornografía infantil -es decir como material ilegal- ni las representaciones de personas que parecen ser menores de edad pero no lo son porque estas son en realidad mayores de edad, ni las imágenes realistas de personas menores de edad, es decir, la pornografía completamente digital y recompuesta (*morphing*). Sobre este aspecto, la norma penal vigente en Costa Rica parece no ilegalizar estos dos últimos tipos de pseudopornografía.

El mencionado apartado podría tener implicaciones importantes para la legislación costarricense si llegara a concretarse el proceso de adhesión al Convenio sobre la Ciberdelincuencia por parte de Costa Rica. En efecto, vimos que los delitos y tipos de pornografía que pueden ser objeto de reserva, no están contemplados en la legislación penal costarricense actual. En concreto esto significa que si bien el gobierno costarricense tiene la voluntad política de adherirse al Convenio, durante el proceso de autorización de la adhesión, los diputados siempre podrían emitir reservas sobre una, varias o todas las disposiciones señaladas en el apartado 4 y así limitar el efecto del artículo 9 en la legislación nacional relativa a la pornografía infantil. Esto implica que, paralelamente a los trámites que se puedan

realizar para adherirse al Convenio, se debe seguir con la labor de cabildeo en la Asamblea Legislativa a fin de crear un contexto favorable para, entre otras cosas, lograr la tipificación de la tenencia privada de pornografía infantil en razón de constituir una prohibición normativa que, eventualmente, podría ser objeto de reserva.

Por otro lado, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia también dispone que los Estados partes adoptarán medidas legislativas y de otro tipo para tipificar en su derecho interno cualquier tentativa de cometer algunos de los delitos creados por dicho instrumento²⁰². Al igual que para la comisión de todos los delitos enumerados en este Convenio esta disposición relativa a la tentativa establece que debe existir el elemento de voluntariedad para que se pueda calificar como tal (apartado 2, artículo 11).

Finalmente, en relación con el tema de las penas y sanciones para los delitos identificados en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, los redactores de dicho Convenio dejaron claro que los Estados partes debían aplicar en sus respectivas legislaciones penales tanto el principio de proporcionalidad como sanciones disuasivas que incluyan penas privativas de libertad²⁰³. Este enfoque es coherente con la opinión compartida por muchos expertos en materia de explotación sexual según la cual las políticas criminales diseñadas para la protección de la libertad y dignidad sexuales de las personas menores de edad requieren de una “clara intervención punitiva”²⁰⁴.

202 Véase el artículo 11, apartado 2 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

203 “Artículo 13 relativo a Sanciones y Medidas:

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para que los delitos previstos de conformidad con los artículos 2 a 11 puedan dar lugar a la aplicación de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas penas privativas de libertad.
2. Cada parte garantizará la imposición de sanciones, o de medidas penales o no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones pecuniarias, a las personas jurídicas consideradas responsables de conformidad con el artículo 12”.

204 CRUZ, Fernando, MONGE, Ivannia, *Explotación sexual comercial, contenidos mínimos en materia de penalización de la*

En efecto, “la trascendencia de los bienes jurídicos que tutelan los delitos de explotación sexual comercial de personas menores de edad, justifica, sobradamente, la imposición de sanciones penales. El monto de la pena que corresponde a los delitos, debe ser proporcional a la trascendencia y gravedad del atentado al bien jurídico [...] Sería contrario al principio de justicia y proporcionalidad, prever una sanción [...] que no guarde consonancia con la magnitud y trascendencia de la lesión al bien jurídico”²⁰⁵.

El texto del Convenio se refiere a sanciones específicas para las personas jurídicas en el apartado 2 de su artículo 13 y para tales efectos dispone que los Estados partes podrían incluir sanciones pecuniarias como parte de las medidas penales o no penales que tomarán. Algunos afirman que “la trascendencia del perjuicio ocasionado en estas infracciones [los relacionados con la explotación sexual comercial], no justificará, de ninguna manera, que en estos casos se establezca una pena pecuniaria”²⁰⁶. Sin embargo, somos del criterio de que en casos de responsabilidad de una persona jurídica en materia de pedopornografía, debería establecerse un sistema de sanciones donde coexistan penas pecuniarias con otro tipo de penas según lo que permite la legislación vigente²⁰⁷. Esto porque creemos que no se debe subestimar el efecto disuasivo que podrían tener sanciones pecuniarias

altas sobre algunos actores económicos tales como los proveedores de servicios y de acceso a Internet a fin de que cumplan con la legislación vigente. El ejemplo norteamericano es una clara ilustración de ello, tal como veremos en el capítulo quinto del presente libro.

B. La Decisión-marco de la Unión Europea relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual y la Pedopornografía.

En diciembre del 2003, el Consejo de la Unión Europea tomó una Decisión-marco relativa a la lucha contra la explotación sexual infantil y contra la pedopornografía²⁰⁸ de acatamiento obligatorio, que impone a los países miembros adoptar una legislación represiva contra las diferentes formas de explotación sexual y, especialmente, contra la llamada pedopornografía (mediante un sistema informático o en sus modalidades más tradicionales)²⁰⁹. Dicho texto es otro ejemplo del esfuerzo que se circunscribe dentro de una estrategia definida por las autoridades europeas a lo largo de los últimos años para intentar armonizar las legislaciones penales de los países miembros, es decir, para disminuir las disparidades existentes entre unos y otros así como para mejorar la cooperación policial y judicial con el objetivo de luchar en forma más eficiente contra la explotación sexual de las personas menores de edad en general y la pornografía infantil en

explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas nacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana, Oficina Internacional del Trabajo/IPEC, San José, Costa Rica, 2004, p. 66.

205 CRUZ y MONGE, op. cit., pp. 66-67. Para más detalles sobre este tema véase también más adelante p. 75.

206 *Ibíd.*, p. 67.

207 En el capítulo V en el contexto de las posibles responsabilidades de los proveedores de acceso y de servicios en Internet por contenidos ajenos ilícitos, abordaremos el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica.

208 De ahora en adelante “Decisión-marco”.

209 Décision-cadre relative à la lutte contre l’exploitation sexuelle des enfants et à la pedopornographie, 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de diciembre del 2003. Publicada en el JOCE del 20 de enero del 2004.

particular²¹⁰. En otras palabras, las autoridades europeas abogan por la implementación de una política regional armonizada en materia de delitos penales considerados particularmente graves como los mencionados.

Esta Decisión-marco detalla los delitos que los países miembros deberían crear o bien reformar en sus respectivas legislaciones según las normas vigentes, así como el régimen de sanciones correspondiente. Al igual que en el caso del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, las disposiciones previstas son estándares mínimos, lo que implica que los países miembros de la Unión Europea tienen libertad para establecer una política penal más severa en la materia si así lo desean.

En su inicio, la Decisión-marco especifica que se considera niño toda persona menor de 18 años sin excepción para luego desglosar la definición de lo que constituye pornografía infantil (artículo 1). En ese sentido, podemos afirmar que el enfoque adoptado es coherente con el desarrollado por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, pese a algunas diferencias entre ambos instrumentos.

La Decisión-marco abarca como pedopornografía toda representación visual tanto de una persona menor de edad real como de una persona real que parece ser menor de edad, así como la representación de imágenes con cierto grado de realismo de una persona menor de edad que no existe, términos aún más específicos que los usados en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia los que, recordemos, se refieren a “imágenes realistas que representan a un menor”. Sin embargo pese a esa pequeña diferencia de redac-

ción, se destaca claramente de sus respectivos textos que los tres tipos de pedopornografía están cubiertos por ambos instrumentos.

Por otro lado, la Decisión-marco establece que será considerado como material pedopornográfico todo aquel que retrate a una persona menor de 18 años sin establecer excepciones al respecto. En cambio, recordemos que el Convenio prevé que un Estado parte puede establecer un límite de edad inferior a los 18 años que, en todo caso, no puede ser menor de 16 años. Esto implica, en caso de que un Estado parte decidiera acoplarse a esta posibilidad, que cualquier material pornográfico que representase a personas de entre los 16 y los 18 años no sería considerado como material pedopornográfico, sino simplemente como material pornográfico adulto. En ese sentido, la Decisión-marco establece estándares más severos al respecto.

En cuanto a los delitos asociados a la pornografía infantil identificados en la Decisión-marco, se introducen como tipos penales la producción, distribución, difusión, transmisión, oferta o puesta a disposición, adquisición y tenencia. Si los comparamos con los delitos del artículo 9 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia que presentamos en el Anexo I, podemos rescatar que resultan coincidentes en ambos instrumentos, salvo por una diferencia denotada en el delito de producción, lo que una vez más refleja por parte de las autoridades europeas su voluntad de desarrollar una posición coherente en la materia. El delito de producción tiene un alcance amplio en el caso de la Decisión-marco ya que en el texto de dicho instrumento no se especifica a partir de qué condiciones se sanciona la producción

210 Véase por ejemplo la Acción Común relativa a la trata de seres humanos y la explotación sexual infantil, 97/154/JAI del Consejo del 24 de febrero de 1997 publicada en JO L 63 (04/03/1997), p. 2 y la Decisión relativa a la lucha contra la pedopornografía en Internet, 2000/375/JAI del Consejo de la Unión Europea del 29 mayo del 2000, publicada en el JO L 138 (09/06/2000), p. 1.

de material pedopornográfico, mientras que en el Convenio el acto de producir es considerado como punible únicamente si el material producido lo es con vistas a su difusión. En ese sentido el enfoque de la Decisión-marco es similar al planteado en el Código Penal costarricense en la medida en que su artículo 173 sanciona la conducta de producir pedopornografía independientemente de que el material sea divulgado o no posteriormente.

Por otro lado, del mismo modo que el Convenio sobre la Ciberdelincuencia dispone que sus Estados partes tienen la libertad, en ciertos casos, de emitir reservas para no aplicar en parte o la totalidad de ciertas disposiciones establecidas en él, la Decisión-marco también señala los casos en los cuales los países miembros tendrán la libertad de decidir eximir de toda responsabilidad penal a un individuo (apartado 2, artículo 3). Estos son:

- a) Cuando el material pornográfico retrata a una persona que parece ser una persona menor de edad pero no lo era al momento de producir el material. En otras palabras, un Estado puede decidir que no será delito poseer, producir, distribuir, transmitir, ofrecer o poner a disposición de alguien materiales pornográficos en los que las personas representadas son mayores de edad aunque la intención es dar la impresión al usuario de que aquellas son personas menores de edad;
- b) Un país miembro de la Unión Europea puede decidir que no es delito cuando un individuo posee material pedopornográfico producido por él mismo, que retrata a personas menores reales y personas que parecen ser menores pero no lo son, pero solamente siempre y cuando se den las siguientes tres condiciones:
 1. Si al momento de ser producido el material, la persona menor de edad había alcanzado la edad legal de consentimiento para tener relaciones sexuales prevista en

la legislación del país donde se produjo el material (en ciertos países esta edad no coincide con los 18 años);

2. Que ésta haya dado su consentimiento, es decir, que no haya habido coerción; y
3. Que el material esté destinado solamente al uso privado de la persona que lo produjo; en otras palabras, que estas fotografías no hayan sido producidas para ser distribuidas.

Sin embargo, aún en el caso de que se dieran estas tres condiciones, cabe resaltar que se estipula que el consentimiento de la persona menor de edad no sería válido –es decir, que el productor/dueño no podría ser eximido de su responsabilidad penal– si se comprobara que con el fin de obtener el consentimiento de dicha persona menor de edad, el productor/dueño hubiera abusado de su edad más avanzada, de su madurez, de su estatus o de su posición, de su experiencia o del estado de dependencia de la víctima hacia su figura. En estos casos se consideraría que el consentimiento de la persona menor no es válido porque ha sido viciado por abuso de poder, derivado del estatus del adulto, de su condición, de su edad, etc.

c) Un país miembro de la Unión Europea puede decidir que no es un delito penal poseer un material que reproduce imágenes realistas de personas menores de edad que no existen siempre y cuando:

1. La persona que posea el material lo haya producido (sea el productor/dueño);
2. Dicha persona lo posea únicamente para su uso privado;
3. No exista ningún riesgo de que este material sea difundido; y
4. Ninguna persona menor de edad real o ninguna persona que parezca ser menor de edad pero que en realidad sea mayor de edad haya sido usada para producir el material.

En resumen, el inciso c) prevé que los legisladores de un país miembro de la Unión Europea pueden decidir no tipificar los casos en que una persona produce y guarda, para su uso privado sin que haya riesgo de que se difunda, pedopornografía fabricada por completo digitalmente o que es retocada. Observamos que la Decisión-marco impone estándares mucho más altos que el Convenio en la medida en que, según este último instrumento, un Estado parte puede decidir no erigir en un tipo penal cualquier conducta relacionada con materiales de pedopornografía alterados o completamente digitales. La Decisión-marco en cambio, solamente permite a los países miembros decidir no tipificar penalmente estos casos cuando las condiciones descritas en el inciso c) arriba mencionado, se cumplen. *Contrario sensu*, una persona que haya adquirido, difundido, ofrecido o posea material pedopornográfico completamente digital o recompuesto sin haberlo producido por ella misma no podrá ser eximida penalmente. Del mismo modo lo será una persona que haya producido pornografía completamente digital o recompuesta para difundirla comercialmente o no.

Finalmente, la Decisión-marco, contrariamente al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, no prevé que un Estado parte pueda decidir no atribuir ninguna responsabilidad penal a un individuo que posee o adquiere cualquier tipo de pedopornografía en general.

Cabe destacar algunos otros puntos adicionales sobre la Decisión-marco relevantes para el análisis del marco legal costarricense. Primero, las conductas tipificadas pueden realizarse mediante un sistema informático o no, lo que implica que este instrumento contempla todas las modalidades de pornografía, es decir, las tradicionales (videos, revistas, fotos impresas, dibujos en papel, etc.) así como la pornografía que utiliza

un soporte digital. En este sentido, esta normativa tiene un ámbito de aplicación más amplio que el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el que, por mandato propio, se refiere únicamente a los delitos cometidos mediante un sistema informático.

Segundo, en el artículo 5 de la Decisión-marco se identifican las circunstancias agravantes y se detallan el rango y el tipo de sanciones que deben ser impuestas para cada delito estipulado en el documento. El apartado 1 de dicho artículo especifica que los países miembros deberán tomar sanciones penales para los delitos enumerados relacionados con la explotación sexual de personas menores de edad, la pedopornografía y su tentativa, complicidad e instigación. Estas sanciones deben consistir en penas privativas de libertad cuyo rango de sanción oscile entre uno y tres años y entre cinco y diez años cuando se presentan circunstancias agravantes como por ejemplo si las conductas ilegales han sido perpetradas dentro del marco de una organización criminal, si se hubiera recurrido a la violencia, o si se hubiera puesto en peligro la vida de la persona menor. En su apartado 3, el mismo artículo dispone que cada país miembro debe tomar las medidas necesarias para asegurarse de que cualquier persona condenada por cualquiera de los delitos previstos en el texto no pueda ejercer ninguna actividad profesional, posterior a la condena, que implique tener algún tipo de contacto con personas menores de edad.

Tercero, el texto de la Decisión-marco no omite detallar, por un lado, disposiciones relativas a las responsabilidades de las personas jurídicas y las sanciones que se deben tomar en su contra de ser encontradas responsables por cometer alguno de los delitos (artículo 6) y, por otro lado, disposiciones relativas a la protección y asistencia de las víctimas (artículo 9).

Finalmente, sobre el tema de la jurisdicción territorial (apartado 1, artículo 8) se resuelve que cada país miembro deberá tomar las medidas necesarias para establecer su competencia territorial en relación con las infracciones de los artículos 2 (explotación sexual), 4 (instigación, complicidad y tentativa) y 3 (pedopornografía) en caso de que:

1. Los delitos se hayan cometido en parte o en su totalidad sobre su territorio; o
2. El autor del delito sea un nacional; o
3. El delito se haya cometido a nombre de una entidad jurídica establecida en su territorio.

Destaquemos que en estos últimos dos casos, si el delito ha sido perpetrado fuera de su territorio, el país miembro tiene la libertad de optar por no tomar medidas para establecer su competencia territorial o puede decidir tener competencia bajo condiciones específicas solamente (apartado 2, artículo 8).

Los países miembros cuya legislación no permite que se extradite a sus nacionales aunque hayan cometido uno o varios de los delitos enumerados relacionados con la explotación sexual, pedopornografía y su tentativa, complicidad o instigación, fuera del territorio nacional, deberán tomar las medidas necesarias para establecer su competencia en estos casos; en otras palabras, deberán asegurarse de que el presunto autor del delito pueda ser juzgado en su territorio (apartado 3, artículo 8). Cabe destacar que el apartado 5 del mismo artículo dispone que los países miembros deberán tomar las medidas necesarias para establecer su competencia en casos en que se hayan cometido delitos relacionados con la pornografía infantil cuando, para tales efectos, se haya usado un sistema informático al que se ha tenido acceso desde sus respectivos territorios sin importar si este sistema se encontraba o no ubicado geográficamente en ellos. En otras palabras, si, por

ejemplo, un depredador sexual en España descarga pornografía infantil para distribuirla a otros desde una página Web hospedada en un servidor ubicado en Rusia, la legislación española debería -según lo indicado en la norma europea señalada- ser reformada para darle potestad a las autoridades españolas de poder acusarlo y juzgarlo en caso de que las normas vigentes en el país no contemplasen esta posibilidad. Finalmente, el último apartado del artículo 8 (apartado 6) no deja de ser importante ya que aborda el tema de la caducidad de los delitos cometidos. En él se establece que para ciertos delitos relacionados con la explotación sexual, al menos los que son considerados más graves, los países miembros deberán tomar medidas a fin de que se pueda perseguir a los responsables aunque sus víctimas hayan alcanzado la mayoría de edad.

A la luz de lo que hemos comentado en los párrafos precedentes podemos concluir con toda claridad que los estándares impuestos por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia son menos estrictos que aquellos impuestos por la Decisión-marco. Una posible explicación es que el Convenio -aún siendo un acuerdo europeo- debía, en cierta medida, establecer estándares menores para satisfacer los intereses, por un lado, de los representantes de países europeos y no europeos que lo elaboraron y acoplarse a sus distintas tradiciones jurídicas y, por el otro lado, de los futuros países no europeos que podrían llegar a ser Estados parte mediante el mecanismo de la adhesión o de la accesión. Ciertamente esto ha sido el caso cuando, durante el proceso de elaboración del Convenio, se tomó la decisión de tipificar posteriormente en un protocolo separado los ciberdelitos relacionados con la xenofobia y el racismo ante el temor manifestado por los representantes norteamericanos de que estas normas pudieran ser incompatibles con su legislación nacional respecto a la libertad de expresión.

También debemos recordar que la naturaleza de los dos documentos es diferente. En efecto, el Convenio, como cualquier otro, es un instrumento elaborado por el Consejo de Europa -organismo mucho más amplio que la Unión Europea en cuanto al número de sus miembros- con la intención de establecer un marco uniforme en el cual los Estados que escogen ser parte por voluntad propia (tomando en cuenta que algunos de estos Estados pueden no ser miembros del Consejo de Europa, es decir, que el alcance geográfico del Convenio puede rebasar las fronteras del continente europeo) tendrán que modificar su legislación utilizando como referencia las normas establecidas en él. La Decisión-marco, en cambio, es un documento de acatamiento obligatorio²¹¹ para los países miembros de la Unión Europea, elaborado por un órgano europeo como uno de los resultados concretos de una política europea común de lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad.

C. Instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

1. La Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño²¹² fue adoptada por las Naciones Unidas en 1989. Al firmar y ratificar en 1990 dicha Convención,

el Estado costarricense adquirió una serie de responsabilidades en el campo de los derechos de la niñez y adolescencia. La Convención se refiere a una amplia gama de derechos entre los cuales se encuentran el derecho de las personas menores de edad a no ser explotadas ni abusadas sexualmente y las correspondientes obligaciones de los Estados partes de tomar las medidas pertinentes para proteger a dichas personas contra estos abusos.

En particular, el artículo 19 se refiere a la obligación del Estado parte de tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias en caso de que los niños, las niñas y adolescentes sean sometidos a malos tratos (abuso sexual, físico, negligencia, explotación, etc.) mientras se encuentran bajo el cuidado de sus padres o de las personas responsables de su custodia²¹³. En su informe del 2000, refiriéndose al mismo artículo, la entonces Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Ofelia Calcetas-Santos, afirmaba que dicha disposición se debía interpretar como una norma diseñada para proteger a las personas menores de edad, entre otras cosas, *“contra la explotación, incluido el abuso sexual, que incluye todo tipo de actividad sexual, incluso el hecho de tocar en forma sexual, aún cuando no hay violencia”* y continuaba

211 Los países miembros tienen un plazo de dos años, es decir, hasta el 20 de enero del 2006 para incorporar las disposiciones del instrumento a sus sistemas penales nacionales, plazo después del cual cada uno tendrá que rendir cuentas sobre las medidas tomadas (Artículo 12).

212 De ahora en adelante “Convención”.

213 “Artículo 19:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y según corresponda, la intervención judicial”.

señalando que *“el hecho de mirar junto con los niños material pornográfico, observar a los niños tener algún tipo de actividad sexual entre sí, tomar fotografías de sus cuerpos o simplemente mirar sus cuerpos en forma sexual, son también formas de abuso sexual o explotación”*²¹⁴.

El artículo 19 no se refiere exclusivamente a situaciones de abusos sexuales sino más bien a todo tipo de maltratos de orden psicológico, físico y sexual y esto mientras la persona menor se encuentra bajo la custodia de un adulto. En cambio, el artículo 34 del mismo instrumento por un lado se refiere exclusivamente a la explotación y al abuso sexual y por el otro, esto es independientemente de que las personas menores de edad estén o no bajo la tutela de sus progenitores o encargados.

Dicho artículo 34 que menciona en su inciso c) la pornografía infantil y otras formas de explotación sexual en los demás incisos, reza de la siguiente manera, *“los Estados Partes se comprometen a proteger el niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

- 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”.*

Los términos usados en el inciso c) no se refieren a ningún tipo de pedopornografía en particular ni tampoco al tipo de soporte o medio en el

que se produce, difunde o posee dicho material. Dicho de otro modo, la redacción deja las puertas abiertas para que los Estados-partes puedan interpretar con cierta flexibilidad esta disposición. Además, conscientes del carácter transnacional de la explotación sexual, los redactores de la Convención impusieron a los Estados partes la obligación de tomar no solamente medidas de carácter nacional para proteger a las personas menores de edad en sus respectivos territorios, sino también medidas bilaterales y multilaterales.

Por el otro lado, al abordar el tema de la trata de niños, niñas y adolescentes, el artículo 35 estipula que *“los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*. Se entiende que la expresión *“para cualquier fin”* incluye, entre otras cosas, los casos de secuestro, venta o trata de personas menores de edad para utilizarlas con fines pornográficos.

Finalmente, el artículo 39 de la Convención se refiere a la obligación de los Estados partes de tomar medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración de toda persona menor de edad víctima de abuso, explotación o malos tratos. Una de las recomendaciones del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, en su informe del 2005 presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue precisamente que se hicieran mayores esfuerzos y se desarrollara un mayor grado de coordinación a nivel nacional a fin de establecer programas de rehabilitación

214 Inciso e) del párrafo 69 del informe provisional (*Interim Report*) del 2000 de la Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, A/55/297, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de agosto del 2000.

destinados a personas menores que hayan sido víctimas al ser retratadas en materiales pornográficos²¹⁵.

2. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

a) Aspectos generales.

El Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía²¹⁶ entró en vigor el 18 de enero del 2002. El carácter facultativo de dicho Protocolo, deriva del hecho de que los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño no tienen la obligación de adherirse al Protocolo y viceversa. En efecto, un país que no es parte de dicha Convención puede ratificar el Protocolo o acceder a él, como ha sido el caso de los Estados Unidos.

Para el 26 de enero del 2006, 103 países eran partes del Protocolo²¹⁷. Costa Rica firmó el Protocolo el 7 de septiembre del 2000, y este entró en vigor el 11 de febrero del 2002 luego de ser ratificado por la Asamblea Legislativa ese mismo mes²¹⁸.

El Protocolo vino a reforzar en forma positiva las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y a complementarlas, en especial aquellas relativas a la explotación sexual

comercial, tal como lo señalan tanto la Organización de las Naciones Unidas para la Infancia como la Organización Internacional del Trabajo²¹⁹.

Además de los aspectos relacionados con la criminalización de ciertas actividades, algunos de los cuales analizaremos a continuación, el Protocolo se refiere también a aspectos relacionados con la prevención, la atención de las víctimas y la cooperación internacional.

El artículo 3 desglosa las conductas que según los redactores del Protocolo debían ser tipificadas en las legislaciones penales de los Estados partes, y a la vez, estipula expresamente que estas normas son estándares mínimos. Al respecto, Juan Miguel Petit, Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, señalaba en su informe del 2002; *“El Relator Especial acoge con satisfacción las definiciones, a efectos prácticos, de la «venta de niños», la «prostitución infantil» y la «pornografía infantil» enunciadas en el Protocolo facultativo. Sin embargo, seguirá instando a los Estados a que hagan todo cuanto esté a su alcance para ofrecer un mayor grado de protección a los niños frente a esos abusos, superior al que está garantizado por el Protocolo facultativo. En particular, instará a los Estados a que examinen todos los aspectos de su legislación nacional que puedan afectar a los niños y velen por que no se incrimine, penalice o estigmatice nunca y en modo alguno a los niños por haber sido víctimas de la explotación sexual con fines comerciales”*²²⁰.

215 Informe anual del 2005 del Relator Especial, op. cit, párrafo 125.

216 De ahora en adelante “el Protocolo”.

217 El estado de las ratificaciones del Protocolo se puede verificar en la siguiente dirección <<http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/status-opsc.htm>>.

218 Véase la Ley N° 8172, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 29 del 11 de febrero del 2002.

219 Véanse “Child Sexual Exploitation and the Law”, a contribution of UNICEF to the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama, Japón. 17-20 diciembre 2001, pp. 9 y 13 y también CRUZ y MONGE, op. cit.

220 Informe anual del 2002 del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución de Niños y la Utilización de Niños en la Pornografía [en línea], párrafo 59, E/CN.4/2002/88. Disponible en <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/annual.htm>> [Consulta: 15 julio 2005]. Traducción de la autora.

Específicamente, sobre la pornografía infantil y la Internet, los redactores del Protocolo hicieron evidente su voluntad de resaltar la importancia del tema al afirmar en el preámbulo que estaban *“preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, y subrayando la importancia de una colaboración y asociación más estrechas entre los gobiernos y el sector de la Internet”*²²¹.

La pornografía infantil es definida en el artículo 2 del Protocolo 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”*. Ante todo, notamos que dicha definición no se restringe a representaciones visuales -se refiere a toda representación- como en el caso del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, sino que más bien abarca todo tipo de representaciones. Esto tiene como consecuencia que los Estados partes en el Protocolo, cuando sea pertinente, deberán modificar sus legislaciones penales de tal modo que cualquier tipo de pornografía infantil sea ilegalizada (audio, escrita y visual). Además, comparándola con las definiciones que analizamos anteriormente del Convenio sobre la Ciberdelincuencia y de la Decisión-marco de la Unión Europea, podemos observar que existe otra diferencia substancial. En efecto, el artículo 2 se refiere a modalidades de pornografía donde se retrata

exclusivamente a “un niño”. Consecuentemente, podemos concluir que el artículo 2 del Protocolo deja de lado los casos donde las personas retratadas parecen ser personas menores de edad pero en realidad son mayores en el momento en que se produce el material. En cuanto a la pseudo-pornografía, el texto se refiere a un “niño” lo que siembra duda acerca de si el artículo 2 cubre o no los casos donde no hay un niño real representado (pedopornografía digital o alterada).

De todos modos, recordemos que en caso de que la legislación penal de un Estado parte ya haya tipificado las tres modalidades de pornografía (la que retrata personas menores de edad, la digital o alterada y la que hace pasar a las personas retratadas como menores y se vende como tal pero en realidad no lo son), aquel no violaría el Protocolo dado lo dispuesto en el artículo 11 del mismo instrumento, según el cual *“nada de lo dispuesto en el presente Protocolo se entenderá en perjuicio de cualquier disposición más propicia a la realización de los derechos del niño que esté contenida en: a) La legislación nacional; b) El derecho internacional en vigor con respecto a ese Estado”*. No cabe duda de que una norma penal nacional que ilegalice la pseudopornografía además de la pedopornografía donde se representa a una persona menor de edad real, sería más protectora de los derechos de las personas menores de edad. Adicionalmente, recordemos una vez más que el Protocolo estipula que las normas dispuestas en el texto deberán ser normas mínimas establecidas en las legislaciones penales respectivas de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 3). En consecuencia, si posteriormente a la firma y a la ratificación del Protocolo, un Estado parte decidiera establecer normas penales más estrictas que las establecidas en el instrumento

221 Párrafo 6, Preámbulo del Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, op. cit. Traducción de la autora.

internacional, no violaría la letra ni el espíritu del Protocolo. En resumen, acerca de la definición del artículo 2, podemos afirmar que por un lado, el Protocolo es más amplio que el Convenio sobre la Ciberdelincuencia ya que no se restringe a las representaciones visuales tal como se hace en ese último en su artículo 9, pero por el otro, es menos específica en relación con la ilegalización de la pedopornografía alterada y digital.

En cuanto al artículo 3, en sus apartados a, b y c, se enumeran las conductas y actos que deben criminalizarse en las legislaciones penales nacionales de los Estados partes. Específicamente en relación con la pornografía infantil se estipula que, *“todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:*

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2”.

Para un análisis comparativo de estos tipos penales con los establecidos en el Código Penal y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia puede consultarse el anexo I.

Es preciso aclarar que según el inciso c) del artículo 3 los actos enumerados son considerados delitos que sean o no perpetrados mediante un sistema informático, contrariamente al Convenio sobre la Ciberdelincuencia que abarca solamente los casos de delitos cometidos por medio de un sistema informático. Tomemos nota también de que los actos enumerados en el citado artículo del Protocolo son considerados delitos independientemente de que sean cometidos con o sin fines comerciales.

Para concluir sobre estos aspectos generales, queremos destacar que resulta evidente en la lectura del anexo I que, en su conjunto, los textos tanto del Código Penal costarricense como del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia apuntan principalmente a castigar tres categorías de actividades y actos: la primera, el hecho de fabricar el material pornográfico; la segunda, el hecho de hacerlo circular, es decir, de hacer disponible el material para otros (importando, exportando para fines comerciales, distribuyendo, transmitiendo, divulgando, exhibiendo, comerciando, vendiendo, etc.) y, la tercera, el hecho de conseguir para uno mismo el material pedopornográfico adquiriéndolo sea cual sea el medio o la forma (comprándolo, bajándolo de Internet, recibiendo, etc.).

b) El tema de la tenencia privada en el Protocolo.

Tal como vimos en el apartado anterior y en el anexo I, el Protocolo dispone en el inciso c) de su artículo 3 que los Estados partes deben criminalizar la posesión de pornografía infantil. Costa Rica, al ratificar este instrumento internacional, adquirió la obligación de modificar su legislación para adaptarla a los estándares mínimos establecidos por el Protocolo. Al respecto, la Sala Constitucional confirmó, *“el «Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía», pese a su designación es en realidad un convenio internacional en el que el país se obliga a tomar una serie de medidas legislativas y diseñar políticas relacionadas con la problemática que regula el convenio, algunas de las cuales ya han sido implementadas y otras más deberán ponerse en*

acción²²². La importancia de este voto radica en que la Sala reconoce que este Protocolo es un convenio internacional y, por ende, por un lado tiene el mismo valor que cualquier instrumento de esta naturaleza y por el otro obliga a los Estados-partes a adecuar su legislación nacional a las normas desplegadas en el Protocolo.

El hecho de que el Protocolo tenga el valor de un convenio es particularmente relevante a la luz del tema de la ilegalidad de la tenencia privada. En efecto, por un lado, existen varios votos de la Sala Constitucional que reafirman que los convenios internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país “priman por sobre la Constitución”. *“Sobre esto debe agregarse que tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*²²³. Una de las consecuencias de esta jurisprudencia sobre el valor supraconstitucional de las normas internacionales de derechos humanos vigentes en el país es que, en caso de que existiera una norma constitucional contraria a una norma supranacional que “otorgaría mayores derechos

o garantías”, la norma constitucional sería letra muerta y debería ser reformada. Tal fue el caso cuando se modificó el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución que solamente permitía otorgar la nacionalidad costarricense a las mujeres extranjeras que se casaban con ciudadanos costarricenses y no así a los hombres extranjeros que se casaban con ciudadanas costarricenses. La Sala había resuelto unos años antes que esta norma constitucional era discriminatoria a la luz de los instrumentos de derechos humanos vigentes en el país y que, en aras de la igualdad, los mismos derechos debían ser otorgados tanto a hombres como a mujeres²²⁴.

Por otro lado, la doctrina internacional considera que los instrumentos internacionales existentes en materia de derechos de la niñez y la adolescencia son textos dirigidos a proteger los derechos humanos aunque son elaborados para una categoría específica de la población, las personas menores de edad. Así lo reconoció el entonces presidente de la Corte Suprema de Polonia, Adam Lopatka cuando afirmó que *“la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad el 20 de noviembre de 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución A/44/736) [...] La Convención relativa a los derechos del niño es un nuevo y vasto acuerdo internacional multilateral en materia de derechos humanos (13 párrafos del preámbulo y 54 artículos de la parte constitutiva)”*²²⁵, y la Organización Internacional del Trabajo, al declarar que *“la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento jurídico internacional más importante para la protección y*

222 Véase voto de mayoría emitido por la Sala Constitucional, Resolución N° 10.535 de las 14:48 horas del 17 de octubre del 2001.

223 Resolución N° 2313-95 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995 y sobre el mismo tema de la eficacia supraconstitucional de los instrumentos sobre Derechos Humanos véanse también la Resolución N° 3435-92 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración N° 5759-93 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993.

224 Resolución N° 3435-92, ibíd.

225 LOPATKA, Adam, “La Convention relative aux droits de l’enfant”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 62, 1991, Toulouse, Francia, p. 765. Traducción de la autora.

*promoción de los derechos humanos de las personas menores de 18 años de edad en general*²²⁶ y que el “Protocolo indica diferentes actividades que los Estados requieren realizar para avanzar en el combate de estas severas violaciones de derechos [la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía]”. Nos apegamos a tal doctrina internacional que considera que la Convención sobre los Derechos del Niño así como su Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ambos vigentes en Costa Rica, son instrumentos de derechos humanos, y podemos suponer que la Sala Constitucional también lo consideraría así en caso de que fuese consultada al respecto.

En resumen, a la luz de la mencionada jurisprudencia de la misma Sala sobre el valor supraconstitucional de los instrumentos de derechos humanos vigentes en el país, todo parece indicar que existen posibilidades de que un recurso planteado alegando una supuesta contradicción entre normas constitucionales que garantizan la libertad (artículo 28 de la Constitución) y la norma del Protocolo que estipula que la tenencia privada de pornografía infantil es delito, sea resuelto a favor de la norma supraconstitucional. Esto, en la medida en que esta disposición específica del Protocolo garantiza un mayor respeto a los derechos humanos fundamentales de las personas menores de edad en el país ya que les otorga un mayor grado de protección contra la explotación sexual al tipificar la tenencia privada de pedopornografía.

En todo caso, independientemente de la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre la

eficacia supraconstitucional de los instrumentos fundamentales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, recordemos que la misma Sala resolvió en octubre del 2001 que no existían roces entre la Constitución Política y el Protocolo²²⁷. Una vez más, respecto al tema de la penalización de la tenencia de pornografía infantil, este voto de mayoría tiene una gran importancia ya que al determinar que el Protocolo en su conjunto no contradice la Constitución, equivale a decir que ninguna de sus disposiciones es inconstitucional, incluyendo aquella que tipifica la tenencia privada.

En conclusión, todo parece indicar que no hay tantos obstáculos constitucionales, como argumentan los adversarios de la tipificación de la tenencia privada, para que se modifique la legislación penal costarricense al respecto, para adecuarse a lo que dispone el Protocolo.

Para finalizar con el tema de la tenencia en el Protocolo, notamos que en el inciso c) del artículo 3 se usa la palabra “posesión” y no “posesión intencional”. Los redactores de dicho Protocolo no usaron la expresión completa “posesión intencional” en el enunciado del artículo relativo a la pornografía infantil; sin embargo, lo hicieron en el párrafo 6 del Preámbulo del Protocolo cuando recordaron, “la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de todo tipo de pornografía...”. Sobre este aspecto, nos apegamos a la interpretación según la cual “en una lectura integral del protocolo [la que abarca

226 Documento básico de información sobre la problemática de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Centroamérica, Panamá y República Dominicana, OIT/IPEC, San José, Costa Rica, mayo 2004.

227 Voto de mayoría emitido por la Sala Constitucional, Resolución N° 10.535, op. cit.

el preámbulo y el texto del Protocolo], habría que entender que la conducta a castigar es la de «poseer intencionalmente pornografía infantil» (aquí se interpreta que «intencionalmente» quiere decir «dolosamente», lo cual implica que la persona posee o tiene bajo su poder pornografía infantil con conocimiento y voluntad, es decir, que sabía y quería tener ese material)²²⁸. Todo parece indicar que la norma del Protocolo establece un requisito de *mens rea*, para que haya responsabilidad criminal en casos de tenencia de pornografía infantil, cuando el Convenio sobre la Ciberdelincuencia y la Decisión-marco impusieron este requisito tanto para la tenencia como para todos los otros delitos relacionados con pedopornografía. Además, notamos que los redactores del Protocolo obviaron imponer un elemento de ilegitimidad para poder establecer algún tipo de responsabilidad penal para todas las conductas tipificadas -tenencia incluida-. Recordemos que en los dos instrumentos europeos estudiados anteriormente se requiere que las conductas relacionadas con pedopornografía además de ser intencionales, sean perpetradas “ilegítimamente”. Al no incluir el elemento de ilegitimidad como requisito, para definir la responsabilidad penal en caso de realizarse uno de los actos tipificados en el inciso c) del artículo 3 del Protocolo, sus redactores dejaron una puerta abierta para que en situaciones donde se posee legítimamente pornografía infantil, como durante un trabajo de investigación criminal o una investigación aca-

démica, por ejemplo, los encargados puedan ser acusados de cometer un acto criminal. Nada impide que este problema sea resuelto cuando un Estado parte reformase su legislación nacional penal respecto a este aspecto específico.

c) Disposiciones adicionales.

A continuación analizaremos los temas de la proporcionalidad, de la extradición, la extraterritorialidad y del comiso de los bienes de los explotadores, todos aspectos claves en casos de explotación sexual de personas menores de edad.

i. La proporcionalidad.

El párrafo 3 del artículo 3 del Protocolo deja a los Estados partes la libertad de decidir la duración y los tipos de sanciones que deben aplicarse para los delitos señalados en dicho instrumento. Notamos que no determina qué tipo de sanciones deben establecerse en la materia; lo que sí estipula el texto es que las penas impuestas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

El cuadro que se presenta a continuación permite comparar cuáles son las penas previstas para algunos delitos relacionados con la pornografía infantil en los países europeos y americanos de la muestra escogida, países que son todos Estados partes del Protocolo o del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, o de ambos.

228 CRUZ y MONGE, op. cit., p. 25.

Países ²²⁹	Tenencia ²³⁰	Producción	Distribución
Costa Rica ²³¹	Tenencia con fines comerciales: 1 a 4 años de prisión.	3 a 8 años de prisión.	1 a 4 años de prisión.
Brasil ²³²	No es delito.	2 a 6 años de prisión y multa. - Circunstancias agravantes: 3 a 8 años de cárcel.	2 a 6 años de prisión y multa. - Circunstancias agravantes: 3 a 8 años de cárcel.
México ²³³	No es delito.	5 a 10 años de prisión y mil a dos mil días de multas. - Circunstancias agravantes: se aumenta hasta la mitad de las sanciones establecidas.	- Transmitir/publicitar/exponer: 5 a 10 años de prisión y mil a dos mil días de multas. - Circunstancias agravantes: se aumenta hasta la mitad de las sanciones establecidas.
El Salvador ²³⁴	- Tenencia: 2 a 4 años de prisión. - Circunstancias agravantes: se aumenta hasta una tercera parte del máximo establecido de la pena además de la inhabilitación de la profesión.	6 a 12 años de prisión. - Circunstancias agravantes: se aumenta hasta una tercera parte del máximo establecido de la pena además de la inhabilitación de la profesión.	6 a 12 años de prisión. - Circunstancias agravantes: se aumenta hasta una tercera parte del máximo establecido de la pena además de la inhabilitación de la profesión.
Francia ²³⁵	Tenencia: 2 años de prisión y 30.000 euros de multa²³⁶.	3 años de prisión y 45.000 euros de multa²³⁷.	- Difundir: 3 años de prisión y 45.000 euros de multa²³⁸. - Circunstancias agravantes (difundir por una red de telecomunicaciones) 5 años de prisión y 75.000 euros de multa²³⁹.
España ²⁴⁰	- Tenencia privada: 3 meses a 1 año de prisión o multa de 6 a 12 meses. - Tenencia con fines comerciales: 1 a 3 años de prisión. - Circunstancias agravantes (si pme es menor de 13 años y otras): 4 a 8 años de prisión.	1 a 4 años de prisión - Circunstancias agravantes (si pme es menor de 13 años y otras): 4 a 8 años de prisión.	1 a 4 años de prisión - Circunstancias agravantes (si pme es menor de 13 años y otras): 4 a 8 años de prisión.
EE.UU. ²⁴¹	- Multa o - Máximo 15 años de prisión o - Ambos	- Multa o - Máximo 15 años de prisión o - Ambos	- Multa o - Máximo 15 años de prisión o - Ambos

229 Los datos aportados se basan en la legislación vigente en los respectivos países al 15 de agosto del 2005.

230 Las siglas “pme” en el cuadro se refieren a persona menor de edad.

231 Artículo 173 y 174 del Código Penal costarricense.

232 Artículo 241 del Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) brasileño.

233 Artículo 201bis del Código Penal Federal (CPF) mexicano.

234 Artículo 173, 173-A y 173-B del Código Penal salvadoreño.

235 Artículo 227-23 del Código Penal francés.

236 Equivale a 36.555 dólares americanos al 19 de agosto del 2005.

237 Equivale a 54.833 dólares americanos al 19 de agosto del 2005.

238 Equivale a 54.333 dólares americanos al 19 de agosto del 2005.

239 Equivale a 91.388 dólares americanos al 19 de agosto del 2005.

240 Artículo 189 del Código Penal español.

241 US Code, title 18, section 2252.

Resalta de los datos desplegados en el cuadro, que entre el grupo de países citados el régimen de sanciones más severo es el previsto en la legislación estadounidense que establece una pena privativa de libertad de hasta 15 años para los tres tipos penales señalados. Dentro del grupo de países latinoamericanos seleccionados, Costa Rica, Brasil, México y El Salvador, observamos que la legislación más severa es la del último país centroamericano, con los mínimos y máximos más altos. En cuanto a Francia y España, vemos que las legislaciones de ambos países manejan rangos parecidos si bien los mínimos son más bajos en la legislación española.

Otra característica interesante es que el rango de las penas privativas de libertad previstas varía considerablemente de un país a otro, con mínimos desde 3 meses y máximos de hasta 15 años.

También podemos observar que se aplican tres sistemas en cuanto al tipo de sanciones previstas en las legislaciones penales de los países citados. Hay un primer grupo de países que solamente aplica penas privativas de libertad (Costa Rica y El Salvador) y un segundo grupo de países cuya legislación permite imponer penas privativas de libertad acumulado con multas (Francia, Brasil y México). Finalmente, un tercer grupo que prevé sancionar con multas o bien con una pena privativa de libertad, tal es el caso para el delito de tenencia privada en España y para los tres tipos penales en la legislación estadounidense que, a la vez, prevé la posibilidad de acumular la multa con una pena privativa de libertad además de prever la aplicación de una o la otra.

Por otro lado, vemos en el cuadro que la legislación norteamericana determina las mismas penas independientemente de si se trata del delito de posesión, producción o distribución-difusión. En otros países, las legislaciones penales impo-

nen sanciones distintas según lo que se considera es el grado de gravedad de la conducta que se busca sancionar: en Francia, en El Salvador y en España, la divulgación y la producción de pedopornografía son sancionadas con penas más altas que la posesión para uso privado o comercial. En España, la divulgación para uso comercial se sanciona más severamente que la tenencia para uso privado.

Finalmente, con la excepción notable de la legislación costarricense, todas las legislaciones de los países mencionados en el cuadro, prevén las mismas penas tanto para los delitos de distribución/divulgación como para los delitos de fabricación/producción, lo que refleja que esas conductas son percibidas con igual gravedad por las autoridades de estos países. En relación con el delito de tenencia privada, con la excepción de la legislación norteamericana, en Francia, España, y El Salvador, las penas privativas de libertad son menos altas que las previstas para los otros dos tipos señalados. Este hecho parece indicar que dentro de la gama de conductas ilícitas que pueden perpetrarse, en relación con la pedopornografía, la tenencia para uso privado es considerada la menos grave para las autoridades de los países que conforman la muestra. Por otro lado, siguiendo esta tendencia, el caso de la legislación española es interesante dado que las penas previstas en caso de tenencia para uso privado son relativamente bajas. En otras palabras, la norma española contempla penas bajas cuando no se hace circular el material pedopornográfico, un poco más altas en caso de tenencia para fines comerciales y finalmente las penas más fuertes en caso de producción y distribución de pedopornografía, es decir, en caso de que se haga circular el material.

Dicho de otro modo, observamos que se refleja la intención clara de las autoridades de dichos

países de castigar con más fuerza las conductas que permiten hacer disponible el material pedopornográfico para otros. Un caso que involucra a una persona que posee materiales de esta naturaleza para su propio uso pero no los hace circular es percibido como una conducta un poco menos grave o dañina que el caso de una persona que produce para fines comerciales o que se dedica a distribuir o intercambiar, o sea, que contribuya a difundir el material ilegal en la Red.

A la luz de la muestra de legislaciones presentada en el cuadro podemos concluir que la interpretación que las autoridades de los países citados hacen del principio de la proporcionalidad en materia de delitos relacionados con la pornografía infantil, refleja una gran disparidad de criterios.

ii. La extraterritorialidad, la extradición y la doble incriminación.

La extraterritorialidad se refiere a que cualquier ciudadano de un país, un residente o una persona presente en el territorio de éste, según la legislación vigente, puede ser juzgado por un delito cometido aunque dicho delito haya sido perpetrado fuera de las fronteras de ese mismo país. Esto, en caso de que el presunto autor no pueda ser extraditado para ser juzgado hacia aquel país donde cometió el delito. La declaración realizada por la República de la India en ocasión del Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad en el 2001, conocido como el Congreso de Yokohama, resume claramente el objetivo del principio de la extraterritorialidad al afirmar que el fin de las leyes penales sobre la extraterritorialidad es asegurar que una persona que haya

cometido un delito fuera de las fronteras de su país de origen, de residencia, o de estancia, no pueda escapar de la justicia²⁴².

En otras palabras, la extraterritorialidad tiene como trasfondo permitir que las personas que hayan cometido delitos puedan ser juzgadas donde sea que se encuentren. El lugar donde se cometen los delitos es irrelevante para un país que aplica el principio de la extraterritorialidad.

El artículo 4 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía establece que si los delitos enumerados en él son cometidos en el territorio de un Estado parte, este debe sancionarlos. Tal disposición se basa en el conocido principio de territorialidad, según el cual se aplica la jurisdicción de un país en caso de que el presunto delincuente sea nacional del Estado parte o tenga residencia habitual en su territorio, y en los casos en que la víctima sea uno de sus nacionales. Se establece también que los buques que enarbolan el pabellón de un Estado parte y las aeronaves registradas también serán sometidos a la jurisdicción de dicho Estado. Esta disposición puede ser muy útil en los casos en los que, por ejemplo, una persona se encuentra en un barco fuera del territorio donde está matriculado, en aguas internacionales o de paso en aguas de otro país, y descarga pedopornografía de Internet usando el sistema de cómputo que opera desde el barco.

Posteriormente, el mismo artículo 4 se refiere al principio de extraterritorialidad en su párrafo 3, que reza de la siguiente manera, *“todo Estado Parte adoptará también las disposiciones que sean necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos antes señalados [venta*

242 Declaración de la República de la India en el apéndice de la Declaración del Congreso de Yokohama [en línea], 2001, disponible en <<http://www.ecpat.net/eng/csec/worldcongress/index.asp>>.

de niños, prostitución y pornografía infantil] cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales". Es fácil entender por qué cuantos más países aplican una legislación penal que criminaliza los delitos de explotación sexual contra la niñez y la adolescencia, que se realicen indistintamente dentro o fuera de sus respectivas fronteras, más obstáculos tendrán los explotadores para actuar. Sin embargo, Vitit Muntarbhorn, antiguo Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, alega que si bien es de vital importancia aplicar la extraterritorialidad para combatir la explotación sexual, tampoco es conveniente que este mecanismo se vuelva un sustituto del juicio en el país donde se perjudicó a la o las víctimas. Esto porque, según él, por razones de costo, pruebas e idiomas puede ser más complicado y más traumático para las víctimas, que el ofensor sea juzgado en otro país ²⁴³.

En el 2000, un ciudadano francés de 48 años fue juzgado por los tribunales franceses por el delito de violación en perjuicio de una persona menor de 15 años y condenado por ello a siete años de cárcel. La peculiaridad de este caso radica en que se trataba de un delito sexual perpetrado en suelo tailandés en 1994 y por primera vez un ciudadano francés era juzgado por haber cometido un delito de esta naturaleza fuera del

territorio de su país. La policía Suiza, dentro del marco de una investigación de una red de pedófilos, encontró un video en el que un turista francés tenía relaciones sexuales con una niña de 12 años en Pattaya, Tailandia, un reconocido destino de turismo sexual. Luego de una larga investigación y después de que las autoridades francesas encontraran a la víctima, el juicio empezó en el 2000 en los tribunales franceses. La víctima asistió al juicio con el apoyo de UNICEF que se encargó de los costos del traslado ²⁴⁴. Este juicio fue posible debido a que la legislación francesa aplica la extraterritorialidad cuando se ha cometido algún delito sexual contra una persona menor de edad en suelo extranjero ²⁴⁵. Sin embargo, aquella se aplica solamente en los casos en los que el delito está tipificado tanto en la legislación francesa como en la legislación del país donde se cometieron los hechos delictivos (criterio de doble incriminación).

La legislación norteamericana también prevé la aplicación de la extraterritorialidad en materia de delitos sexuales gracias a la llamada 2003 PROTECT Act, norma que mencionamos en el capítulo anterior. En ocasión del Congreso de Yokohama, los representantes de la Unión Europea reafirmaron su compromiso para con *"la ampliación de las ofensas penales a las varias formas de explotación sexual de las personas menores de edad, incluyendo sus aspectos transnacionales e internacionales, al establecer la responsabilidad*

243 Citado en "Child Sexual Exploitation and the Law", op. cit., p. 16. Al respecto y compartiendo este criterio véase también ECPAT, *Extraterritorial Legislation as a Tool to Combat Sexual Exploitation of Children, a Study of 15 cases*, Executive Summary, Defense for Children International Section The Netherlands, 1999, p. 13.

244 En abril del 2005, se inició en Bélgica otro juicio contra un ciudadano belga acusado de haber abusado de alrededor de 200 varones de entre 12 y 13 años en Tailandia y de haber vendido algunas fotografías de sus víctimas de contenido pornográfico en Internet. El acusado también poseía una importante colección de fotografías de pedopornografía bajada de Internet. Periódico *Le Monde*, Francia, 28 abril del 2005.

245 El artículo 113-6 del Código Penal francés dispone desde 1998 que los ciudadanos franceses o residentes habituales pueden ser juzgados en Francia por cualquier delito sexual que hayan cometido contra personas menores de edad previsto en la legislación francesa aunque hubiera sido perpetrado en suelo extranjero. Anteriormente a esta reforma se aplicaba la extraterritorialidad pero no en todos los casos de delitos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de edad.

extraterritorial...²⁴⁶. En cambio, la República de Irán rechazó aplicar la extraterritorialidad en ocasión del Congreso de Yokohama argumentando que, a su criterio, era demasiado amplio e inconsistente con el derecho internacional²⁴⁷.

Abordar aspectos relacionados con la extraterritorialidad necesariamente implica mencionar temas que están estrechamente relacionados como la extradición y la doble incriminación. A continuación vamos a explicar brevemente la relación entre todos estos conceptos y por qué son importantes en materia de delitos sexuales.

La extradición se define como un procedimiento de ayuda mutua a nivel internacional en materia de represión según la cual un Estado -denominado el Estado requerido- acepta entregar a un delincuente o presunto delincuente que se encuentra en su territorio a otro Estado -el Estado requirente- para que éste sea juzgado o, en el caso de que ya hubiese sido condenado, para que pueda cumplir con la pena impuesta²⁴⁸.

En el 2004, el gobierno de los Estados Unidos extraditó a Costa Rica, por primera vez, a uno de sus ciudadanos acusado de haber cometido varios delitos sexuales en suelo costarricense. Arthur Kanev, odontólogo de profesión, había sido acusado junto con otro estadounidense por los delitos de abusos deshonestos, corrupción de menores, relaciones sexuales con personas menores de edad y suministro de drogas en perjuicio de personas menores de edad luego de ser arrestado a principios de 1999. Durante la detención se decomisaron cientos de fotos de

carácter pornográfico y erótico de docenas de niñas entre los 13 y 16 años. El odontólogo huyó hacia los Estados Unidos antes de ser juzgado, y luego fue extraditado a Costa Rica por las autoridades de su país en mayo del 2004.

El Protocolo regula detalladamente el tema de la extradición en su artículo 5. El párrafo 5 de dicho artículo plantea que se debe aplicar el principio *aut dedere, aut judicare*, es decir o se extradita o se acusa. En efecto, el texto establece que “*si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 [venta de niños, prostitución y pornografía infantil] y el Estado requerido no la concede o no desea concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento*”.

Es preciso saber que ciertos países adoptan el criterio de la doble incriminación para que se pueda dar la extradición²⁴⁹, y para que pueda aplicarse la ley penal en casos de delitos cometidos en el extranjero (extraterritorialidad). En efecto, la doble incriminación permite establecer como condición para que una persona sea extraditada o bien sea juzgada en su lugar de residencia por hechos perpetrados en el extranjero, que dichos hechos sean considerados delitos en las legislaciones de ambos países. Esto tiene como consecuencia concreta que un nacional de un país cuya legislación aplica la doble incriminación puede evadir la justicia de su país si por ejemplo, produce pedopornografía en el suelo de otro país

246 Declaración de la Unión Europea en el apéndice de la Declaración de Yokohama, 2001. Traducción de la autora.

247 Declaración de la República Islámica de Irán en el apéndice de la Declaración del Congreso de Yokohama, op. cit.

248 Definición extraída de *Lexique de termes juridiques*, Éditions Dalloz, Paris, 1988. Traducción de la autora.

249 Tal es el caso de Costa Rica. Sobre la aplicación del criterio de la doble incriminación, también llamado identidad de la norma, véanse los votos de la Sala Constitucional N° 0456-90 de las 14:00 horas del 9 de mayo de 1990 y N° 2002-11482 de las 14:49 horas del 3 de diciembre del 2002.

donde tal acto no es considerado delito y regresa a su lugar de residencia donde sí se considera como punible. En otras palabras, el mecanismo de la doble incriminación tiene como efecto perverso “empujar” a los ofensores hacia países donde la legislación que tipifica delitos sexuales contra personas menores de edad es incompleta o inexistente. El mismo razonamiento se aplicaría en un caso de extradición: un país que aplica la doble incriminación se puede negar a extraditar a un nacional delincuente sexual hacia otro país (Estado requirente) si su legislación no tipifica como delito los hechos perpetrados por el nacional en el territorio extranjero.

Es una realidad el hecho de que muchos países no tienen legislaciones homólogas para proteger a la niñez y la adolescencia contra la explotación sexual comercial. Armonizar e uniformar esas normas en tantos países implica el desarrollo de un largo y complejo proceso de reformas nacionales que, de tener éxito, tendrían como consecuencia positiva mejorar las condiciones de persecución penal de este tipo de delitos al evitar que los explotadores sexuales de personas menores de edad queden fuera del ámbito de aplicación de las leyes criminales.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia establece en el párrafo 1 de su artículo 24 la doble incriminación como una condición previa para extraditar al presunto autor en caso de que se haya cometido uno de los delitos tipificados en este instrumento, siempre y cuando el delito perpetrado sea sancionado en las legislaciones de ambos países con *“una pena privativa de libertad de una duración máxima de cómo mínimo un año, o con una pena más grave”*²⁵⁰. En otras palabras, solamente en casos de delitos que prevén un rango de penas privativas

de un año o más como tope máximo, es decir para los delitos más graves, se puede extraditar siempre y cuando el delito sea castigado en la legislación de ambos países (doble incriminación). En cambio, el texto del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía no menciona expresamente la condición de doble incriminación cuando se refiere al tema de la extradición (artículo 5), en caso de que alguno de los delitos identificados en su artículo 3 haya sido cometido.

En cuanto a la legislación costarricense, los artículos 5 y 6 del Código Penal identifican específicamente a cuáles delitos cometidos en el extranjero se puede aplicar la ley nacional (extraterritorialidad) cuando tales hechos no caen dentro de otra categoría de delitos llamados delitos internacionales, que son tipificados en un artículo aparte (artículo 7). Ninguno de los dos artículos prevé expresamente la posibilidad de aplicar la extraterritorialidad para los delitos sexuales cometidos contra las personas menores de edad. Sin embargo, el inciso 3) del artículo 6 establece la posibilidad de aplicar la ley penal del país en el caso de delitos en contra de nacionales cometidos en el extranjero, lo que por supuesto incluye los delitos de carácter sexual contra personas menores de edad costarricenses en territorio foráneo.

En cuanto al mencionado artículo 7 del Código Penal vigente, cabe destacar la aplicación de la doble incriminación para que los presuntos autores de dichos delitos internacionales puedan ser juzgados en el país; además determina que tampoco la nacionalidad del presunto autor es relevante. Es decir que independientemente de que la persona sea nacional o extranjera, desde un punto de vista legal, si ésta se encuentra en

250 Este se debe a que para ciertos delitos las penas privativas de libertad previstas en algunas legislaciones nacionales son rangos cuyos topos máximos pueden ser inferiores a un año.

el territorio costarricense y ha cometido uno de los delitos tipificados en el artículo 7, podría ser juzgada en el país aún si los hechos delictivos fueron cometidos en territorio extranjero y no califican como delito en la legislación de dicho país aunque lo sean en Costa Rica. Cabe resaltar que entre la lista de delitos internacionales señalados está *“la trata de mujeres y niños, ocuparse de publicaciones obscenas y otros hechos punibles que infrinjan una disposición prevista en un tratado de derechos humanos suscrito por Costa Rica o bien en el mismo Código”*.

A la luz del artículo 7, queremos señalar dos aspectos relevantes para el tema de la pornografía infantil y los delitos relacionados con la explotación sexual comercial en general. Por un lado, podemos inferir de los términos utilizados en dicha norma que el acto de publicar pedopornografía en papel probablemente calificaría como *“ocuparse de una publicación obscena”*, por lo que podríamos suponer que sería viable que una persona nacional o extranjera que hubiera publicado, por ejemplo, una revista de pedopornografía en Cuba, fuera juzgada en Costa Rica, independientemente de si estos hechos son o no punibles en dicho país donde se cometieron, haciendo caso omiso de las dificultades operativas que se podrían derivar de tal situación. Sin embargo, la duda radica en saber si calificaría como *“una publicación”* la creación o el mantenimiento de un sitio Web de naturaleza obscena. Por otro lado, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía son considerados por la doctrina nacional e internacional

como instrumentos de derechos humanos²⁵¹. Así, hipotéticamente, podría argumentarse que el artículo 7 permite que cualquier persona que se encuentre en territorio costarricense y haya cometido un delito fuera de este, en detrimento de una o varias de las disposiciones de uno de estos dos instrumentos, podría ser juzgada en el país, con la condición de que dicho delito esté tipificado en la legislación costarricense y sin importar que los hechos punibles aquí lo sean en el lugar donde se perpetraron.

El 7 de diciembre del 2000 se presentó un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa denominado *“Adición de un inciso 4) al artículo 6, del Código Penal proyecto de represión extraterritorial de los delitos sexuales contra menores”*²⁵² a iniciativa de los entonces diputados Franz Acosta (q.d.D.g.), Belisario Solano y José Merino del Río. El proyecto proponía que además de los casos de delitos perpetrados en el extranjero enumerados en el artículo 6, se pudiera también prever la aplicación de la extraterritorialidad en casos en los que *“un costarricense o un residente habitual en Costa Rica fuere el presunto autor de un delito sexual cuya víctima sea un menor de edad, aunque el delito sexual en cuestión no sea punible según el ordenamiento jurídico del lugar de perpetración”*. Sin embargo, el proyecto recibió un dictamen negativo por parte de la Comisión que lo examinó, por lo que fue archivado.

Por otro lado, la última versión del texto del proyecto de Código Penal costarricense que se encuentra en trámite en el Parlamento hasta abril del 2006²⁵³ especifica los delitos para los cuales

251 Al respecto, véase las páginas 73-74 del presente capítulo.

252 Véase el expediente legislativo N° 14.204. Este proyecto de ley hace referencia a una propuesta del Dr. Gerardo Trejos presentada ante el Comité Jurídico Interamericano de la OEA con el fin de elaborar una convención internacional para la represión extraterritorial de los delitos sexuales contra personas menores de edad.

253 Expediente legislativo N° 11.871 *“Ley de reformas al Código Penal”*.

se aplica la extraterritorialidad e incluye, entre otros, los delitos internacionales. Al respecto, notamos que, primero, se eliminó la referencia expresa a la no-aplicación del criterio de doble incriminación tal como existe hoy en día en el texto del artículo 7 del Código Penal vigente²⁵⁴. Segundo, en la versión original del proyecto de Código Penal sometida por el Poder Judicial, en el artículo 8, se tipificaba y desglosaba cuáles eran los delitos internacionales, contemplaba entre los actos punibles la explotación o promoción de la explotación sexual de las personas menores de edad; sin embargo, en la versión del texto actual del proyecto ya no consta así. En efecto, en dicha versión, mediante el mecanismo de las mociones, desapareció la mención de cualquier delito, incluyendo los relacionados con la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y como consecuencia no se define del todo cuáles son considerados delitos internacionales²⁵⁵.

A manera de conclusión, señalemos un informe del Parlamento Europeo acerca de la elaboración del Convenio sobre la Ciberdelincuencia que resume claramente la importancia de los aspectos relacionados con la extraterritorialidad, la doble incriminación y la extradición en los casos de explotación sexual contra personas menores de edad al afirmar que *“en un cierto número de Países Miembros (Suecia, los Países Bajos, Francia y Alemania) la jurisdicción extraterritorial se aplica solamente a ciertas modalidades de delitos sexuales contra las personas menores de edad. La*

*mayoría de los Países Miembros establecen como requisito que el delito debe ser sancionado tanto en el país en el que la extraterritorialidad se aplica como en el país en el que el delito ha sido cometido (criterio de doble incriminación). Finalmente, la mayoría de los Países Miembros (Bélgica, Francia, los Países Bajos, y Suecia) prohíben la extradición de sus nacionales o bien, imponen restricciones importantes para que se pueda llevar a cabo. La naturaleza internacional del delito en cuestión implica que los Estados Miembros deben revisar sus procedimientos relativos a la jurisdicción y al tema de la extraterritorialidad (las pre-condiciones de la doble incriminación, la extradición, la inculpación previa de la víctima, etc.) para asegurar que los perpetradores no puedan escapar de la persecución. Las tradiciones jurídicas de los Países Miembros no deben ser un obstáculo para remediar este terrible problema que debe ser enfrentado con la debida sensibilidad”*²⁵⁶.

Esta opinión es compartida por otros que van más allá todavía y que al referirse a los delitos de explotación sexual contra las personas menores de edad, declaran: *“por tratarse de conductas que han alcanzado especial trascendencia para la comunidad internacional, a esta le interesa que todos los Estados tengan legitimidad en su persecución y juzgamiento. La internacionalización de estos crímenes supera la visión nacionalista que orienta los tradicionales principios de territorialidad, personalidad y de protección. Impera de esta forma una visión cosmopolita, en la que el*

254 El artículo 7 del Código Penal vigente especifica “independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor”.

255 El artículo 8 de la ley de reformas al Código Penal sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal costarricense dispone: “puede incoarse proceso por conductas punibles cometidas en el extranjero y, en este caso, se aplica la ley penal costarricense, cuando se verifique alguno de los siguientes supuestos:... 6) Cometan o tomen parte en delitos contra la humanidad y otros delitos de carácter internacional previamente calificados como tales en este Código, leyes especiales y convenios o tratados aprobados por Costa Rica.” Véanse Comisión Permanente Especial de Redacción, Plenario, expediente legislativo N° 11.871, ibíd. y, también en el mismo expediente, el primer informe sobre mociones remitidas por el plenario vía el artículo 137 del reglamento, 1° de octubre del 2003.

256 Informe del Parlamento Europeo, op. cit., p. 28. Traducción de la autora.

*ius puniendi se desliga de su adscripción a la soberanía nacional y se convierte en una misión de cooperación internacional, al servicio de valores humanos que no responden a los limitados horizontes locales o nacionales*²⁵⁷.

ii. El comiso de los bienes de los explotadores sexuales.

No se debe subestimar la importancia del decomiso también conocido como comiso, como una de las herramientas para luchar contra la explotación sexual comercial de las personas menores de edad. En efecto, en un informe sometido al Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, las autoridades norteamericanas subrayaron cómo uno de los logros de su lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad, fue la reforma de las leyes federales que permitió el decomiso de los bienes y productos derivados de las actividades de los explotadores. También señalaron que entre 1996, fecha que coincide con el primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual en Estocolmo, Suecia, y el 2004, el valor de las propiedades decomisadas a los explotadores en los Estados Unidos ha subido considerablemente y que el volumen de los comisos realizados a nivel federal se ha duplicado²⁵⁸.

Sobre esta materia, el Protocolo estipula en su artículo 7 que *“con sujeción a las disposiciones de su legislación, los Estados Partes:*

- a) *Adoptarán medidas para incautar y confiscar, según corresponda;*
- i) *Los bienes tales como materiales, activos y otros medios utilizados para cometer o facilitar la comisión de los delitos a que se refiere el presente Protocolo;*
- ii) *Las utilidades obtenidas de esos delitos;...*”

En ese sentido, el artículo 110 del Código Penal costarricense estipula que *“el delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros”*²⁵⁹. Además, el artículo 103 inciso 3) del mismo código así como los artículos 367 y 465 del Código Procesal Penal también regulan esta figura jurídica. La exviceministra de Seguridad Pública, Ana Helena Chacón, y representantes del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) reconocieron la urgencia de una reforma de las normas costarricenses en esa materia²⁶⁰, las cuales son consideradas por muchos incompletas y de aplicación restrictiva. Por esta razón, ambas instituciones trabajaron sobre una propuesta de reforma redactada por

257 RODRÍGUEZ, Mourullo, *Derecho Penal-Parte General*, Ed. Civitas, España, 1977, p. 166, citado en CRUZ y MONGE, op. cit., p. 50.

258 Véase la versión del informe sometido por los Estados Unidos al Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía para la elaboración de su informe del 2005, op. cit., pp. 2 y 9., disponible en el sitio Web del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la siguiente dirección <<http://www.ohchr.org/english/>> [Consulta: 19 agosto 2005].

259 La versión actual de la ley de reformas al Código Penal que se está tramitando en la Asamblea Legislativa regula el comiso en su artículo 116 que reza así: *“toda conducta punible tiene como consecuencia la pérdida en favor del Estado de la cosa, instrumentos, producto, ganancias o efectos del delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan la víctima o terceros de buena fe. El comiso se dispondrá aún tratándose de valores, derechos y cosas obtenidas por cualquier título, con motivo o como resultado del delito, por la persona condenada o por otra persona, física o jurídica, para la cual ha actuado. El comiso no procede en caso de conductas culposas”*. Véase Comisión Permanente Especial de Redacción, Plenario, expediente legislativo N° 11.871, op. cit.

260 Declaraciones realizadas por la viceministra de Seguridad Pública de entonces, Ana Helena Chacón, durante la Conferencia sobre *Pornografía Infantil en Internet*, celebrada en el Instituto Nacional de Seguros, San José, Costa Rica, 29 de mayo del 2004.

la entonces Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar del Poder Judicial, Lilliam Gómez. Se procedió a consultar a la Procuraduría General de la República respecto a la posibilidad de que la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia (CONAMAJ) fuera la depositaria de los bienes y dineros decomisados. Según Chacón, para junio del 2005 el proyecto se encontraba en poder del Patronato Nacional de la Infancia²⁶¹. La necesidad de tal reforma también ha sido señalada por la antigua responsable de la Unidad de Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública²⁶².

Las dos preguntas básicas que surgen en el gremio de profesionales costarricenses involucrados en la lucha contra la explotación sexual comercial cuando se aborda el tema del decomiso de los bienes y ganancias de los explotadores en el país han sido, ¿quienes deberían administrar estos dineros y propiedades incautadas? y ¿para qué fines se utilizarían los fondos recaudados?

Un proyecto de ley que se está tramitando en la Asamblea Legislativa, en su versión original, proponía la creación de cinco artículos en la sección de los delitos sexuales del Código Penal con el fin de permitir el comiso de los bienes utilizados por los explotadores sexuales para perpetrar sus delitos²⁶³. Según sus enunciados, el Patronato Nacional de la Infancia tendría la

administración de los fondos y bienes decomisados y estos estarían destinados a fortalecer la investigación penal, específicamente de los delitos de proxenetismo, trata de personas, fabricación y difusión de pornografía infantil; para desarrollar programas de atención a las víctimas de abuso sexual; y para formular campañas preventivas contra los delitos sexuales en general. Esta reforma tenía la virtud de proponer que la gama de bienes e instrumentos susceptibles de ser decomisados, fuera mucho más amplia que lo permitido bajo el régimen imperante actualmente, acoplándose de este modo a las disposiciones del Protocolo al respecto, ya que incluía *“todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos que se utilicen en la comisión de los delitos de proxenetismo, trata de personas, la producción, fabricación y difusión de pornografía de personas menores de edad, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones...”*²⁶⁴. Sin embargo, por medio de un texto substitutivo estos cinco artículos fueron eliminados del proyecto de ley, el que recibió un dictamen afirmativo unánime por parte de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos el 9 de setiembre del 2003²⁶⁵.

3. Otros textos regionales e internacionales en materia de niñez y adolescencia relevantes para la lucha contra la pedopornografía.

Además de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo relativo a la Venta de

261 Entrevista realizada con la Viceministra de Seguridad Pública, el 3 de junio del 2005.

262 Entrevista realizada con Ivania Brenes, jefa de la Unidad de Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, el 27 de febrero del 2004.

263 Véase el proyecto de ley N° 14.568 publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 241 del 14 de diciembre del 2001.

264 Artículo 171 bis, proyecto de ley N° 14.568, ibíd.

265 Véase expediente legislativo N° 14.568, “Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N° 4573, de 4 de mayo de 1970, y la reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, ley N° 7594 del 10 de abril de 1996”. Dictamen afirmativo unánime, 9 de setiembre del 2003, Segunda Legislatura (del 1° de mayo del 2003 al 30 de abril del 2004), segundo período de sesiones ordinarias.

Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, existen otros importantes instrumentos, declaraciones o planes de acciones que son directa o indirectamente relevantes para la lucha contra la pornografía infantil de manera específica y la explotación sexual comercial de las personas menores de edad en general.

El Convenio Internacional N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, adoptado el 18 de junio de 1999 es uno de esos instrumentos. Fue ratificado por Costa Rica en el 2001, su artículo 3 estipula: “a los efectos del presente Convenio, la expresión *«las peores formas de trabajo infantil»* abarca: ...b) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas,...*”. Además el inciso 1) del artículo 7 de dicho instrumento también dispone que los Estados partes harán todo lo posible para adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio, entre las cuales se destaca la adecuación de la legislación a fin de establecer las sanciones penales correspondientes.

Otro documento que cabe mencionar fue elaborado por los gobiernos latinoamericanos presentes en la Consulta Gubernamental Regional sobre Explotación Sexual Infantil (Uruguay, 2001) y se denomina el Compromiso de Montevideo. En el, se comprometieron a tomar varias medidas para luchar contra la explotación sexual comercial y otras formas de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes en la región. Entre

otros, el texto señala la relevancia de las reformas a las legislaciones penales y a los procedimientos penales además de la necesidad de mejorar y ampliar la cooperación entre países, especialmente a través de sus cuerpos de policías²⁶⁶.

Los ministros y los altos responsables de la niñez y la adolescencia de los países de Ibero-américa, reunidos en San José, Costa Rica, en octubre del 2004, acordaron una Declaración por “*la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia ante la Violencia, la Trata, el Tráfico y la Explotación en Cualquiera de sus Manifestaciones*” llamada Declaración de San José en ocasión de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de la Niñez y la Adolescencia. La Declaración incluye dos párrafos específicos relativos al tema de la pornografía infantil. El primero hace alusión a los tipos de conductas que deben tipificarse en esa materia al estipular que es necesario “*promover la adecuación de la legislación nacional para la penalización de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y difusión de la pornografía que utiliza a personas menores de edad*”²⁶⁷. Observamos que hubo consenso entre los redactores de la Declaración para incluir dentro de la lista el delito de posesión. Por otro lado, los redactores no omitieron referirse a otro aspecto importante cuando estipularon que se deben “*establecer estrategias conjuntas para el desarrollo de tecnología adecuada que permita identificar los sitios de distribución, consumo y difusión de pornografía que utiliza a personas menores de edad a fin de facilitar su filtración, la investigación y la identificación de los responsables*”²⁶⁸. Si bien este documento

266 Párrafos XV y XVI del Compromiso de Montevideo, hoja informativa, Reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes para América Latina y el Caribe. 18-20 de mayo del 2004. San José, Costa Rica. UNICEF, CONACODES, Gobierno de Costa Rica, PANI, OIT/IPEC, ECPAT, IIN.

267 Declaración de San José, octubre del 2004 [en línea], párrafo. 7. Disponible en <http://www.oit.org.pe/ipec/documentos/declaracion_san_jose_vi_iberoamericana_infancia_octubre_2004.pdf>

268 Ibíd, párrafo 9.

no tiene ninguna fuerza en el plano jurídico, su importancia radica en que es un indicador de la voluntad política que existió en el seno del grupo de participantes en la Cumbre, todos ellos responsables de llevar a cabo las políticas relativas a la niñez en la región iberoamericana.

Las respectivas declaraciones y planes de acción acordados por los participantes a los dos Congresos Mundiales sobre la Explotación Sexual Comercial Infantil son igualmente documentos de referencia en materia de explotación sexual comercial infantil. Ya en 1996, el plan de acción adoptado en el Congreso de Estocolmo hacía referencia tanto a la necesidad de reforzar y establecer las leyes penales que permitieran responsabilizar a los proveedores de acceso y de servicios en Internet, los consumidores y los intermediarios involucrados en las actividades delictivas relacionadas con la explotación sexual comercial infantil, así como a la necesidad de establecer o reforzar las leyes penales relativas a la extraterritorialidad y la posibilidad de requisar los bienes e ingresos de los explotadores sexuales derivados de sus actividades ilegales. Más recientemente, la declaración de compromiso emitida al final del Segundo Congreso que se llevó a cabo en Japón en diciembre del 2001 (Congreso de Yokohama), se reconocieron, entre otras cosas, los avances favorables en relación con *“la implicación sistemática, sostenida y comprensiva del sector privado tal como las organizaciones de empleados y de empleadores de la industria turística y del viaje, el sector de las telecomunicaciones, incluyendo los proveedores de servicios y acceso en Internet para mejorar la protección de la niñez, incluyendo la adopción y*

*el desarrollo de políticas corporativas y de códigos de conducta para proteger a ese sector de la explotación sexual”*²⁶⁹. A su vez, el párrafo 9 del inciso 5) de dicha Declaración reitera el compromiso de los participantes en relación con la necesidad de tomar medidas dirigidas a atacar los efectos negativos de las nuevas tecnologías y específicamente la pedopornografía en Internet²⁷⁰.

Finalmente, en 1999 se organizó una Conferencia en Viena, Austria, bajo el impulso de los gobiernos austriaco y norteamericano y de la Unión Europea, con la intención de identificar los retos existentes y las acciones a desarrollar en conjunto para luchar contra el fenómeno de la pornografía infantil en Internet²⁷¹. La conferencia reunió a representantes gubernamentales y no gubernamentales y a responsables de la industria de Internet, de organismos internacionales y de líneas de denuncia (*hotlines*). La declaración y las recomendaciones que emitieron destacan una amplia gama de aspectos importantes en materia de lucha contra la pedopornografía en Internet²⁷².

D. El debate sobre la ilegalización de la tenencia privada en Costa Rica.

1. Los proyectos de ley que proponen tipificar la tenencia privada de pedopornografía.

A lo largo de los últimos años no han faltado iniciativas en el seno del Parlamento costarricense por parte de diputados y diputadas y del Poder Ejecutivo, para intentar introducir en la legislación penal el delito de posesión privada de pornografía infantil. Sin embargo, hasta el día de

269 Declaración del Congreso de Yokohama, párrafo 7 del inciso 2, op. cit.

270 Ibíd.

271 Conferencia internacional sobre *Combating Child Pornography on the Internet*, 29 setiembre al 1º de octubre 1999, Viena, Austria.

272 Véase la introducción de las recomendaciones disponible en <<http://usembassy-australia.state.gov/hyper/WF991001/epf510.htm>> [Consulta: 18 diciembre 2005].

hoy todavía ninguna ha prosperado con éxito. A continuación mencionaremos algunas de ellas.

Durante los debates para aprobar la ya mencionada reforma sobre la adición de un segundo párrafo al artículo 174 con el fin de tipificar la difusión de pornografía infantil, por iniciativa de la diputada Rina Contreras, el diputado Luis Fishman introdujo una moción para modificar el texto propuesto y así incluir la figura de la tenencia privada de pornografía infantil como delito, la que fue desechada²⁷³. De igual forma, la diputada María Isabel Chamorro aprovechó el mismo debate en curso para presentar en dos ocasiones una moción que pretendía ilegalizar la tenencia privada. La primera vez se presentó como una iniciativa propia y la segunda se presentó en conjunto con la diputada Contreras²⁷⁴. En ambas ocasiones fue rechazada.

En el 2003, una iniciativa del diputado Carlos Avendaño abogó para que se castigara la tenencia de pornografía infantil mediante una reforma del Código Penal²⁷⁵. El mismo año, la diputada Joyce Zürcher introdujo un proyecto de ley que proponía una reforma del título y del segundo párrafo del actual artículo 174 (Difusión de pornografía) del Código Penal. El texto propuesto disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. Refórmase el artículo 174, en su

título y párrafo segundo, para que se lea de la siguiente manera:

“Artículo 174. Difusión y tenencia de pornografía [...] La misma pena se impondrá a quien posea o exhiba, difunda, distribuya o comercie, por cualquier medio y cualquier título, material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad o donde se utilice su imagen”²⁷⁶. Este proyecto había sido propuesto por el Poder Ejecutivo para el primer período de sesiones extraordinarias de la cuarta legislatura que terminaba el 31 de agosto del 2005. Pese a que se encontraba en el segundo lugar de la agenda de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos no fue examinado por dicha Comisión²⁷⁷. Cabe resaltar que la Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica favorable luego de ser consultada acerca del proyecto en cuestión²⁷⁸.

Otro proyecto de ley, a iniciativa del Poder Ejecutivo, que pretende reformar varios artículos relativos a la explotación sexual de las personas menores de edad se está tramitando en el Parlamento²⁷⁹. Este recibió un dictamen unánime afirmativo de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos el 9 de setiembre del 2003. Sin embargo, si bien en su versión original una de las normas propuestas pretendía reformar el artículo 174 del Código Penal para tipificar la tenencia privada, la mención de este delito fue elimina-

273 Véase en el expediente legislativo N° 13.909, op. cit., el acta de la Sesión Plenaria N° 156, celebrada el martes 3 de abril del 2001.

274 Ibid., pp. 104 y 185.

275 Véase el comunicado de prensa N° 254 del 22 de agosto del 2003. Fracción del Partido Renovación Costarricense.

276 Para mayores detalles véase el expediente legislativo N° 15.465, “Reforma del título y del párrafo segundo del artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica Ley No 4573 (Párrafo adicionado por la Ley No 8143)”.

277 Durante el siguiente período de sesiones ordinarias (del 1° de setiembre del 2005 al 30 de noviembre del 2005) el mismo proyecto fue incluido en la agenda de trabajo de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos debido a que ningún diputado solicitó su inclusión. Finalmente, para el segundo y último período de sesiones extraordinarias de la cuarta legislatura (del 1° de diciembre del 2005 al 30 de abril del 2006) dicho proyecto tampoco ha sido incluido en la agenda de trabajo propuesta por el Poder Ejecutivo para ese período. Véase el decreto N° 32.791 MP del 30 de noviembre del 2005 mediante el cual el Poder Ejecutivo convoca a la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias.

278 Véase OJ-117-2005 del 8 de agosto del 2005 en el expediente legislativo N° 15.465, op. cit.

279 Véase el expediente legislativo N° 14.568, op. cit.

da en el proceso. En agosto del 2003, de nuevo el Poder Ejecutivo presentó otro proyecto de ley para reformar varios artículos del Código Penal relacionados con los delitos sexuales. El texto de dicho proyecto de ley propone que se tipifique la tenencia de pornografía mediante la reforma del enunciado del actual artículo 174²⁸⁰.

Adicionalmente, las disposiciones relativas a la pornografía infantil en el ya mencionado proyecto de ley de reforma al Código Penal que se está discutiendo actualmente en el Parlamento han sido modificadas gracias a una moción de las diputadas Gloria Valerín y Emilia María Rodríguez. Dicha moción permitió incluir un artículo nuevo que tipifica la tenencia privada de pornografía infantil. Esta vez, la moción fue aceptada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos²⁸¹. Como resultado, la versión del proyecto de Código Penal prevé que la tenencia privada de pornografía infantil sea un delito. Consecuentemente el texto

del nuevo artículo 174 relativo a la posesión de pornografía infantil estipula que *“quien para su propio uso posea material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad o se utilice su imagen con fines sexuales, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años”*²⁸².

Finalmente, el 28 de junio del 2005, la diputada Gloria Valerín propuso un proyecto de ley que tiene como fin penalizar la tenencia privada de material pedopornográfico²⁸³. El texto propuesto es el primero entre todas las propuestas mencionadas previamente que tiene el mérito de usar las expresiones red de Internet y medio electrónico²⁸⁴.

2. Los principales argumentos en contra de la tipificación de la tenencia privada.

Algunos diputados han expresado su oposición ante la voluntad de otros colegas de penalizar la tenencia para uso privado de pornografía infan-

280 Véase el expediente legislativo N° 15.336, “Protección de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos del Código Penal, Ley No 4573, de 4 de mayo del 1970, y sus reformas”.

281 Véase moción N° 6-35 (182-137) en el expediente legislativo N° 11.871, op. cit.

282 Expediente legislativo N° 11.871, ibíd. En el mismo proyecto de ley de reformas al Código Penal, tanto el texto del artículo que actualmente tipifica la difusión de pornografía (art.174) como el texto vigente del artículo que tipifica la fabricación o producción de pornografía (art.173) son reproducidos integralmente con la única diferencia de que la mención del acto de “comerciar” ha sido eliminado del texto que es hoy el artículo 173. Cabe resaltar que además de la inserción de un artículo que tipifica la tenencia privada de pedopornografía, el proyecto de Código Penal plantea otra reforma en materia de pedopornografía; en efecto, se introdujo un artículo que contempla circunstancias agravantes con penas de cuatro a diez años:

“1) Si la víctima es menor de trece años.

2) Si el hecho se ejecuta con engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción.

3) El autor sea de la víctima ascendiente, descendiente, hermana o hermano.

4) El autor sea de la víctima tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo.

5) El autor sea de la víctima madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro.

6) El autor sea de la víctima tutor, encargado de la educación, guarda o custodia.

7) Cuando el autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente indicados en los incisos 3 y 4.

8) Cuando el autor se prevalga de su relación de confianza con la víctima o con su familia, medie o no relación de parentesco”.

283 Expediente legislativo N° 15.942, “Ley que sanciona la tenencia de pornografía infantil de menores de edad derivados [sic] de la red de Internet (adición de un Artículo 175 Bis al Código Penal, Ley N° 4573)”.

284 Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. En el último período ordinario, sesión ordinaria de la cuarta legislatura (del 31 de agosto del 2005 al 30 de noviembre del 2005) se encontraba en el lugar 86 del orden del día de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. En el segundo y último período de sesiones extraordinarias de la cuarta legislatura (del 1° de diciembre del 2005 al 30 de abril del 2006), este proyecto no ha sido incluido en la agenda de trabajo propuesta por el Poder Ejecutivo para ese período mediante el decreto N° 32.791, op. cit.

til. Vamos a retomar y analizar sus motivos, que han sido planteados principalmente durante los debates en el seno del Parlamento, para la adición de un párrafo segundo al artículo 174 del Código Penal (difusión de pornografía) y los debates que tomaron lugar para la adopción de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad.

Al analizar el contenido de dichos debates legislativos, resalta el hecho de que las justificaciones por parte de los adversarios a la ilegalización de la tenencia privada giran en torno a cinco grandes argumentos, a saber:

- i. Tengo derecho de hacer lo que quiero en mi casa y sancionarme por tener algo que uso en mi hogar sería una violación inaceptable a ese derecho;
 - ii. Si es para mi consumo propio no le hago daño a nadie;
 - iii. ¿Qué pasa si, por ejemplo, estoy haciendo una investigación sobre el tema de la pornografía infantil y por ello tengo fotos por las que puedo ser sancionado?
 - iv. No es justo que si me dan un paquete sin saber qué hay adentro y resulta ser pornografía infantil, yo pueda ser sancionado;
 - v. Si la tenencia de drogas no es ilegal ¿porqué debería serlo la tenencia de pornografía infantil?
- i. **El diputado Vargas Pagán asegura que “el que posee pura y simplemente, es un acto de privacidad en el ámbito de su casa”²⁸⁵, aduciendo a los derechos y garantías protegidas por el artículo 28 de la Carta Magna.**

Posteriormente a la adopción de la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores

de Edad se ha señalado que, “*ciertamente, no se reguló la posesión de pornografía, pues aquí entró en discusión el problema de si la tenencia era un acto que afectaba el bien jurídico o si era un acto que quedaba en el fuero de disposición del sujeto. Esta última fue la opción del legislador*”²⁸⁶. La que fue Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar del Poder Judicial, Lilliam Gómez, al referirse al mismo tema también comenta que “*aún cuando en el proyecto de ley [Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad] se incluía la penalización de la tenencia de ese material [pedopornográfico], los legisladores se opusieron al mismo, alegando la tutela de la intimidad personal. El debate sobre este punto se mantiene abierto, sobre todo tomando en cuenta la obligación del Estado de tutelar la imagen del niño y de la niña, por encima de cualquier otro interés o derecho de las personas adultas*”²⁸⁷.

Uno de los principales retos cuando se abre el debate sobre la ilegalización de la tenencia consiste en abordar el tema de la colisión de derechos fundamentales entre aquellos que atañen a la libertad del individuo y los derechos de las personas menores de edad de ser protegidas contra la explotación sexual. Dicho de otro modo, se puede decir que se trata de definir cuáles son los límites de los derechos de las personas en especial su derecho a la libertad de expresión y su derecho a la privacidad.

La mayor dificultad radica en que, en parte, la respuesta se basa en una serie de argumentos de carácter subjetivo. En efecto, en primer lugar

285 Acta N° 11, expediente legislativo N° 13.909, op. cit, p. 7.

286 RODRÍGUEZ, op. cit., p. 95.

287 GÓMEZ MORA, Lilliam, “La explotación sexual de las personas menores de edad en Costa Rica”, *Revista Escuela Judicial*, núm 1, mayo 2001, Costa Rica, p. 31.

dependerá del contexto cultural y de los valores de la mayoría de los ciudadanos y del momento histórico en el que se encuentra un país, ya que las leyes reflejan el pensar y sentir de una sociedad en un período dado. En ese sentido, es un hecho que últimamente la población costarricense ha demostrado su fuerte repudio a los crímenes y delitos de todo tipo que se cometen contra las personas menores de edad²⁸⁸ y que también ha habido un aumento en las denuncias de los abusos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad ante las autoridades²⁸⁹. Según la Presidenta Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia *“las cifras van en aumento porque cada vez hay «más conciencia» entre la población de que la agresión debe denunciarse”*²⁹⁰. Además, si bien falta mucho por hacer, en la agenda de los últimos gobiernos costarricenses el tema de la niñez ha estado presente y estos han manifestado su voluntad de apego a un mayor respeto de los derechos de las personas menores de edad, en general, y en especial a su derecho a no ser explotados sexualmente, voluntad reflejada en la adopción de varias reformas del marco legal en la materia, en la adhesión a instrumentos internacionales sobre el tema, tal como hemos detallado a lo largo del presente capítulo, y en la adopción de medidas de otra índole tales como la creación de la Comisión Nacional Contra la Explotación Sexual Comercial (CONACOES) y la elaboración de un Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas y Niños. Estos hechos podrían ser interpretados como un indicador de que

en el momento actual la sociedad costarricense y las autoridades a cargo tienen, en general, un mayor grado de conciencia y una mayor sensibilidad, así como una mayor voluntad para que el derecho de las personas menores de edad de vivir sin ser explotados y abusados sea más respetado. No olvidemos que esta tendencia se enmarca dentro de un movimiento internacional que pide un mayor respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo demuestran las cumbres internacionales que se organizan alrededor del mundo sobre temas relacionados con estos derechos²⁹¹. También recordemos que la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional de derechos humanos que ha sido ratificado por un mayor número de Estados.

En segundo lugar, debemos recordar que en ninguna democracia los derechos son absolutos y, tal como hemos mencionado previamente, el argumento de algunos diputados es que la tipificación de la tenencia afecta el derecho a la privacidad, lo que resulta inaceptable para ellos. Sin embargo ¿no debería ser el derecho de las personas menores de edad a ser protegidas contra toda forma de explotación tan importante para la sociedad actual que amerite imponer ciertos límites al derecho a la privacidad o a cualquier otro derecho de los ciudadanos, los cuales de por sí, no son derechos absolutos? Coincidiendo con esto, la coalición de organizaciones no gubernamentales que trabaja en contra de la explotación sexual comercial infantil, ECPAT

288 Véase la petición de un millón de firmas para la adopción de la ley de Katia y Oswaldo. Campaña organizada por la ONG Casa Alianza en “Casa Alianza presentó firmas”, periódico *Al Día*, Costa Rica, 25 de julio del 2003.

289 Véase por ejemplo “Reportan 1000 abusos a niños por mes” donde se comenta que las denuncias por abuso contra personas menores de edad van en aumento en el servicio de emergencias 911. Periódico *La Nación*, Costa Rica, 18 de mayo del 2004. También la organización Casa Alianza reportó que en el 2003 las denuncias recibidas por la institución habían aumentado en más del doble en comparación con el año anterior, en “2003: delitos sexuales contra menores”, periódico *OJO*, Costa Rica, 13 al 17 de enero del 2004.

290 Periódico *La Nación*, Costa Rica, 18 de mayo del 2004, ibíd.

291 Por ejemplo, la sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas a favor de la infancia en mayo del 2002 y el Congreso de Yokohama contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes y sus reuniones preparatorias regionales.

Internacional resume los términos del debate de la siguiente manera: *“otro aspecto fundamental cuando se discute la ponderación de bienes jurídicos a tutelar, entre el derecho de la intimidad en la esfera privada de las personas y el derecho que tienen la niñez y la adolescencia de no ser víctimas de la explotación sexual comercial y el abuso en su contra, debe dilucidarse atendiendo a una serie de parámetros que ponen en orden la jerarquía del ordenamiento jurídico internacional, escrito y perentorio. Es claro que la libertad o el derecho de una persona tiene límites, ya sea la esfera de otra persona o bien, la moral pública que existe en cada momento histórico determinado, atendiendo al contexto”*²⁹². En concordancia con esta postura en el contexto costarricense, la Procuraduría General de la República, consultada sobre la pertinencia de ilegalizar la tenencia privada de pornografía, argumenta, en una opinión favorable, que si bien la Constitución consagra el derecho a la privacidad y a la libertad en su artículo 28, estos derechos, al igual que cualquier otro derecho fundamental, no son ilimitados tal como lo ha establecido una abundante jurisprudencia de la Sala Constitucional²⁹³. Esta ha determinado en reiteradas oportunidades²⁹⁴ que se pueden limitar los derechos fundamentales *“por razones de orden público, protección de la moral y de terceros”*²⁹⁵ siempre y cuando estas restricciones se ajusten a *“los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad”*²⁹⁶ e impliquen *“la existencia de una necesidad social impostergerable”*²⁹⁷.

Por otro lado, la gran mayoría de los países de Europa occidental y los Estados Unidos han decidido que es efectivamente una necesidad social impostergerable proteger a las personas menores de edad contra la explotación sexual, lo que se refleja en sus respectivas legislaciones, que imponen límites a los derechos de las personas adultas consumidoras de pedopornografía. En primera instancia, Europa como región, es conocida por su tradición de respeto a los derechos de sus ciudadanos, en especial de sus derechos humanos. Las autoridades de los países europeos demostraron que tipificar la tenencia de pornografía infantil no es incompatible con una cultura de respeto a los derechos humanos cuando decidieron elaborar y adoptar un instrumento regional, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia que, entre otras cosas, dispone que se debe ilegalizar la tenencia privada de pedopornografía tal como hemos comentado anteriormente. Las delegaciones europeas en su conjunto consideraron que existen suficientes garantías para poder tipificar la tenencia de pornografía infantil sin que esto constituya un exceso o una arbitrariedad en contra de los derechos de sus ciudadanos. En segunda instancia, y al margen del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, una amplia mayoría de dichos países de la Unión Europea, todas democracias consolidadas y con culturas jurídicas a veces muy diferentes entre sí, tampoco parecen haber encontrado obstáculos legales, ni de otra índole, válidos para impedir la tipificación de la posesión privada de pornografía infantil en sus respectivas legislaciones. En efecto, las legisla-

292 *La explotación sexual comercial de niñas, niños, y adolescentes: una mirada desde Centroamérica*, op. cit., p. 13.

293 Véase OJ-117-2005, expediente legislativo N° 15.465, op. cit.

294 Véanse los votos N° 3173-93 de las 14:07 horas del 6 de julio de 1993, N° 4205-96 de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996 citados en OJ-117-2005, expediente legislativo N° 15.465, ibíd.

295 Véase OJ-117-2005, op. cit.

296 Ibíd.

297 Ibídem.

ciones penales de 19 de 22 países miembros de la Unión Europea -entre los cuales se encuentran Polonia, Grecia, Hungría, Malta, Suecia, Bélgica, España, Irlanda, Francia, Italia, Gran Bretaña, Dinamarca y Austria-, disponen que la tenencia privada de pedopornografía es delito²⁹⁸.

Volviendo al continente americano, los Estados Unidos como país se caracterizan por tener estándares muy altos de la protección a los derechos de sus ciudadanos, en especial del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que las autoridades federales practiquen una política de tolerancia cero hacia la tenencia de pedopornografía²⁹⁹. Tal como hemos observado, uno de los principales argumentos en contra de la tipificación de la tenencia en el seno del Parlamento costarricense y fuera de él se centra en la defensa del derecho a la privacidad. En cambio, en los Estados Unidos es interesante notar que el debate se ha concentrado en la protección a la libertad de expresión regulada por la primera enmienda de la Constitución de ese país. En la medida en que en ambos contextos se trata de establecer cuáles son los límites aceptables al derecho aducido, nos parece interesante y útil exponer los principales argumentos usados por la Corte Suprema de los Estados Unidos a favor de la tipificación de la tenencia privada.

La consolidada jurisprudencia de dicha Corte Suprema que establece un amplio régimen de protección al consagrado derecho a la libertad de expresión, no ha sido un impedimento para que las autoridades federales tipificaran la producción, la distribución, la venta y la tenencia de pornografía infantil³⁰⁰. En efecto, la jurisprudencia de la Corte confirmó la constitucionalidad de normas federales y estatales que ilegalizan la tenencia de pornografía infantil así como su producción y distribución aduciendo, entre otras cosas, que la pornografía infantil no está protegida por la primera enmienda de la Constitución, la cual protege a la libertad de expresión. En el caso *Osborne v. Ohio* (1990) dicha institución justificó la potestad del Estado de Ohio de penalizar tanto la tenencia de pornografía infantil como el hecho de ver tal material aduciendo que³⁰¹:

1. Cuando se reduce la demanda para tal material se reduce su oferta y consecuentemente se disminuye el abuso en perjuicio de las personas menores de edad³⁰²;
2. Ilegalizar la tenencia es una manera de inducir a los dueños de tales materiales para que los destruyan. De ese modo eliminan materiales que de ser guardados serían, tal como la misma Corte observó en el caso *Ferber* (1982), un registro permanente del abuso perpetrado en perjuicio de un menor de edad³⁰³;
3. La evidencia sugiere que aquel que posee este

298 Aunque son 25 los países miembros de la Unión Europea, el informe de la agencia europea de policía, de donde estos datos han sido extraídos, inventarió solamente la normativa sobre pornografía infantil de 22 de ellos. Véase Informe de EUROPOL, *Matrix on Child Pornography in EU Member States 2005, annex I* [en línea], octubre del 2005. Disponible en <<http://www.europol.eu.int/index.asp?page=publications&language=>> [Consulta: 3 noviembre 2005].

299 Véase el informe sometido por el gobierno de los Estados Unidos como insumo para el informe del 2005 del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, op. cit.

300 La legislación federal al respecto se puede encontrar en 18 U.S.C. 2256, capítulo 110.

301 U.S. Supreme Court. *OSBORNE v. OHIO*, 495 U.S. 103 (1990) 495 U.S. 103. *OSBORNE v. OHIO*. APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF OHIO No. 88-5986. Argued December 5, 1989 Decided April 18, 1990; y también SANTANDER, Sally, *Child Pornography and the First Amendment*, Georgia State University, College of Law, Fall, 2003.

302 Véase la cita original completa más adelante p. 94.

303 La cita original reza: "The State's ban on possession and viewing encourages the possessors of these materials to destroy them...". *Osborne v. Ohio*, op. cit.

tipo de material puede usarlo para seducir y convencer a personas menores de edad de tener relaciones sexuales, así que inducir la destrucción de tal material permite disminuir el riesgo de que esto pase³⁰⁴;

4. El Estado de Ohio tiene un *interés especial*, primero, en proteger el bienestar físico, emocional y psicológico de las personas menores de edad y, segundo, en destruir un mercado donde se explota a la niñez y la adolescencia al ilegalizar la tenencia y el hecho de ver semejante material. Ambos argumentos ya habían sido usados en el caso Ferber (1982) mencionado previamente³⁰⁵.

En resumen, y una vez más insistimos en que una amplia mayoría de los países de la Unión Europea y en los Estados Unidos los legisladores decidieron que el Estado tiene un especial interés en proteger a las personas menores de edad con el fin de evitar que sean objetos de explotación sexual; en otras palabras, según dichos países existe una necesidad social imperiosa de proteger a este sector de la población. Y ese interés especial justifica limitar algunos derechos que puedan tener las personas adultas, por supuesto, dentro de un marco jurídico que evite la comisión de excesos de cualquier tipo.

ii. Como argumento en contra de la tipificación de la posesión de pornografía infantil, otros diputados afirmaron que tener semejante material en la casa es un acto privado de un ciudadano que no le hace daño a terceros.

Los consumidores de pedopornografía que poseen tales materiales son el último eslabón de

una cadena de individuos que usan el cuerpo de un ser humano menor de edad como un objeto sexual. Si partimos de la idea de que la pornografía infantil es un producto de consumo podemos entonces afirmar que, como en el caso de cualquier otro objeto que se consume en el mercado, los consumidores son los que estimulan la oferta. Estimular la oferta implica que sea necesario producir más material de esta índole, es decir, explotar sexualmente cada día más niños, niñas y adolescentes para satisfacer la demanda. Esta es una de las razones por la que la tenencia -consumo- sí daña a terceros.

Veámoslo desde el punto de vista de la ley de la oferta y la demanda. Si aplicamos la lógica del mercado, a mayor demanda mayor oferta, y a menor demanda, menor oferta, ¿Qué pasaría si hipotéticamente el día de mañana todos los consumidores de pornografía infantil desaparecieran? Si repentinamente nadie en el mundo tuviera interés en usar este producto de consumo, la pornografía infantil, los productores, comerciantes que no necesariamente la consumen pero lucran con ella y demás intermediarios no encontrarían a quien dársela o vendérsela. Consecuentemente, la oferta iría disminuyendo hasta desaparecer. Ese razonamiento es coincidente con lo señalado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Osborne v. Ohio (1990) donde determinó que ilegalizar la tenencia privada de pornografía infantil tal como lo hizo el Estado de Ohio no constituye una violación de la Constitución de los Estados Unidos al argumentar, entre otras cosas, que “es con certeza razonable para el Estado concluir que

304 La cita original dice: “Second, encouraging the destruction of these materials is also desirable because evidence suggests that pedophiles use child pornography to seduce other children into sexual activity”. Osborne v. Ohio, op. cit.

305 La cita original reza: “In contrast, Ohio [...] has enacted its law on the basis of its compelling interests in protecting the physical and psychological well-being of minors and in destroying the market for the exploitative use of children by penalizing those who possess and view the offending materials”. Osborne v Ohio, op. cit.

la producción de pornografía infantil decrecerá si se penaliza a los que poseen y ven este producto, [495 U.S. 103,110] reduciendo de este modo la demanda” y que “dada la importancia del interés del Estado en proteger a las víctimas de la pornografía infantil, no podemos culpar a Ohio por intentar suprimir este vicio en todos los niveles en la cadena de distribución. De acuerdo con lo afirmado por el Estado, desde que hemos decidido en el caso *Ferber*, mucho del mercado de la pornografía infantil se ha vuelto clandestino y ahora resulta difícil sino imposible resolver el problema de la pornografía infantil atacando solamente la producción y la distribución, En efecto, 19 Estados [495 U.S. 103, 111] han juzgado necesario prohibir la posesión de esos materiales”³⁰⁶.

Cabe resaltar que este razonamiento de la Corte Suprema contradice otro argumento a veces expuesto en contra de la penalización de la tenencia según el cual “con el hecho de tener material pornográfico [...] no se promueve difusión alguna”³⁰⁷.

Finalmente, recordemos que el material de pornografía infantil -a menos que sea pornografía completamente digital o superposiciones de imágenes de partes de personas que no existen- es una prueba por lo general visual de una situación de abuso sexual real que se cometió en perjuicio de la persona menor de edad retratada. En otras palabras, el que un ofensor posea aunque sea una sola imagen de pedopornografía implica que él mismo u otros tuvieron que cometer un abuso sexual en contra del menor de edad representado, dañándolo psicológicamente

y, a menudo, físicamente. Y esto tiene como consecuencia que los “consumidores” de este tipo de pornografía, aunque no hayan participado directamente en la producción del material, sean moralmente cómplices del abuso perpetrado y moralmente responsables de los daños infligidos a la persona menor de edad retratada.

iii. **Al manifestarse en contra de la tipificación de la tenencia privada, el diputado Núñez expresó:** **“me decía muy bien el diputado Guido Vargas, «si alguien quiere investigar el tema y accede a una revista de ese tipo, le hacen un allanamiento en la casa, sale esposado y es perseguible. Es peligrosísimo tener esto en un tipo penal tan amplio»”**³⁰⁸.

Introducir la expresión “quien tenga ilegítimamente”, tal como se usa en el artículo 9 del Convenio sobre Ciberdelincuencia, en el párrafo del Código Penal en el que se tipificaría la tenencia privada de pornografía infantil permitiría establecer una garantía para evitar que se establezca algún grado de responsabilidad penal en situaciones específicas en las que se consideraría legítimo tener pornografía infantil. Este tipo de situaciones generalmente abarcan escenarios donde ciertas fotos podrían estar en manos por ejemplo de académicos o del personal de una organización no gubernamental por ser el objeto de estudio de un trabajo de investigación o bien en las manos de policías, dentro del marco de una pesquisa, como material incautado. En estos casos, las personas que poseen el material pedopornográfico no tendrían por qué ser sospechosos al realizar sus tareas dentro del marco de sus labores profesionales, es decir en forma legítima.

306 Osborne v. Ohio, op. cit. Traducción de la autora.

307 Tal ha sido el caso en el Informe técnico jurídico, Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, setiembre del 2004, p. 12, expediente legislativo N° 15.465, op. cit.

308 Acta N° 11 del 12 de setiembre del 2001, p. 11, expediente legislativo N° 13.909, op. cit.

iv. Algunos afirman que no es normal que si les dan un paquete sin saber lo que hay adentro y resulta ser pornografía infantil, puedan ser sancionados por ello.

Introducir un elemento de *mens rea* en la definición del tipo penal equivale a establecer un requisito adicional de voluntad para que haya responsabilidad penal. Es decir que la persona que posee el material pornográfico, además de tenerlo de forma ilegítima, debe tener la intención de poseerlo.

El Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, que prevé tal requisito de voluntad para los delitos relacionados con la pornografía infantil, determina “que la conducta a castigar es la de «poseer intencionalmente pornografía infantil» (aquí se interpreta que «intencionalmente» quiere decir «dolosamente», lo cual implica que la persona posee o tiene bajo su poder pornografía infantil con conocimiento y voluntad, es decir, que sabía y quería tener ese material)”³⁰⁹. Compartiendo la misma perspectiva, los redactores del Convenio sobre la Ciberdelincuencia usaron la expresión “comisión deliberada” en el ya mencionado artículo 9 en el que tipificaron los delitos relacionados con la pedopornografía. De nuevo, en este caso, el término “deliberada” se refiere al elemento de voluntad como uno de los requisitos para que haya responsabilidad penal.

Al demostrarse que no existe voluntad por parte del que posee el material, se impedirá que se produzcan situaciones como las que señala el diputado Vargas Pagán cuando afirma que “san-

cionar la tenencia pura y simple es una extralimitación de la ley que es inconstitucional, porque si una persona va a un país europeo donde adquiere una revista en la que aparecen personas menores de edad, o no la adquiere, se la dan en un sobre cerrado para que se la lleve a un tercero en Costa Rica, llega al aeropuerto, lo detienen, le cogen esa revista, esa persona tiene la revista en su posesión y es objeto de sanción penal”³¹⁰.

Sin embargo, algunos sostienen que ni siquiera es necesario incluir el elemento de intencionalidad por las siguientes razones: “el verbo «poseer» implica una actitud subjetiva por parte del autor: no se puede poseer algo que no se quiere ni se conoce, por ello, resulta innecesario agregarle la palabra «intencionalmente». Si una persona es acusada de poseer pornografía infantil, porque se hizo un decomiso en su casa de habitación, pero la persona no sabía ni conocía de la existencia de ese material, entonces esa persona no lo poseía, el material estaba ahí, pero no era posesión de la persona, quien no podía poseerla porque ni siquiera sabía de su existencia”³¹¹.

v. El diputado Núñez argumenta también que “en este país, no es punible el hecho de que se encuentre a alguien con marihuana o cocaína para el consumo y ahora vamos a dejar como punible el que alguien tenga pornografía infantil”³¹².

Al respecto, la pregunta que hacemos es ¿qué tienen en común estos dos escenarios? En el primer caso una persona posee para consumir una sustancia química para sentir placer y, en el segundo, una persona posee para su propio “consumo” la representación del cuerpo de otro

309 CRUZ y MONGE, op. cit, pp. 25-26.

310 Acta N° 11 del 12 de setiembre del 2001, op. cit, p. 13.

311 CRUZ y MONGE, op. cit., nota al pie N° 11, p. 25.

312 Acta N° 11 del 12 de setiembre del 2001, op. cit.

ser humano menor de edad (desde bebés recién nacidos hasta adolescentes) para lograr placer sexual. En la naturaleza del producto consumido radica esa diferencia que es fundamental para entender el porqué de la gravedad de poseer para uso propio tales materiales. Asimismo, algunos opinan que *“no es una situación asimilable [la tenencia de pornografía infantil] a la polémica que suscita la criminalización de la tenencia de drogas”*³¹³ argumentando que *“porque en estos casos el consumidor es el titular del bien jurídico salud, en cambio en caso de la pornografía, el consumidor no es el titular del bien jurídico”*³¹⁴, ya que este abarca esa la dignidad e integridad de las personas menores de edad, su imagen y libertad.

Finalmente, y a manera de conclusión, independientemente de todos estos argumentos en contra de la tipificación de la tenencia privada, recordemos que:

- Costa Rica es un Estado parte 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, por lo que las autoridades competentes tienen la obligación y el compromiso de ajustar su legislación a las disposiciones establecidas en ese instrumento, las que, entre otras cosas, incluyen la ilegalización de la posesión de pornografía infantil;
- La Sala Constitucional estableció que el mencionado Protocolo no tiene roces con la Constitución de la República. Consecuentemente, podemos concluir que su artículo 3 donde se dispone que la tenencia debe ser ilegalizada no tiene roces con la Constitución;
- Aun obviando lo expuesto en el punto anterior,

la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido claramente que los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país tienen prevalencia sobre la Constitución en la medida en que proveen estándares más altos de protección a los derechos humanos. Por lo tanto, en un alegato hipotético de roce entre la Constitución y la disposición del Protocolo que plantea la ilegalización de la tenencia privada, la Sala Constitucional sería la llamada a resolver si, en efecto, esa norma establece estándares más altos de protección para los derechos humanos de las personas menores de edad que la propia Constitución, y si decidiera que es el caso, prevalecerá la disposición de dicho instrumento internacional.

Es importante señalar que todos estos argumentos deben analizarse a la luz de la normativa nacional e internacional a las que el Estado costarricense está sometido y de las que se desprende *“el deber del Estado de favorecer el interés superior del niño, constituyéndose en protector especial del niño y el adolescente”*³¹⁵.

E. Consideraciones finales sobre la acción gubernamental en materia de pedopornografía.

En Costa Rica, el gobierno implementa un conjunto de acciones que pretenden erradicar la explotación sexual comercial contra las personas menores de edad. Al ser la pornografía infantil una de las modalidades de explotación sexual infantil, se han fijado algunas metas específicas para luchar en su contra en los respectivos planes existentes.

313 CRUZ y MONGE, op. cit., p. 26

314 Ibíd.

315 OJ-117-2005, expediente legislativo N° 15.465, op. cit.

La Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (CONACOES), creada en 1996 es, desde el año 2006, una comisión permanente con participación intersectorial e interinstitucional³¹⁶ del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Sus objetivos son fomentar la elaboración, operacionalización y ejecución sostenible de una política pública con enfoque de género, generacional y de derechos; garantizar la coherencia e integralidad de acciones a nivel interinstitucional, intersectorial e interdisciplinario; promover una cultura nacional de denuncia sobre las formas de explotación sexual comercial y, finalmente, coadyudar en la promoción permanente del respeto a los derechos humanos de las personas menores de edad para transformar las condiciones que inducen, legitiman y perpetúan la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

La Agenda Nacional para la Niñez y la Adolescencia fue elaborada para el decenio 2000-2010³¹⁷. La Agenda tiene un eje denominado “abuso sexual y explotación sexual comercial” dentro del cual se enmarcan una serie de metas. En relación con el tema específico de la pedopornografía en Internet, se han fijado como objetivo “el incremento permanente de los resultados positivos obtenidos y la investigación de los delitos sexuales por Internet” y “el establecimiento de la policía cibernética a nivel regional”.

Dentro del Plan Maestro Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2003-2006 se enmarca el Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes redactado en el 2001³¹⁸ y replanteado en el 2002 para el período 2002-2006. Las disposiciones específicas del Plan Nacional contra la Explotación Sexual relativas a la pornografía infantil retoman las metas mencionadas en el párrafo anterior de la Agenda Nacional. El Plan prevé además una labor de monitoreo y control de los proyectos de ley relacionados con la explotación sexual comercial de las personas menores de edad que se encuentran en trámite en la Asamblea Legislativa. Tal como lo hemos visto, varios de ellos tienen una relación directa con el tema de la pornografía infantil³¹⁹.

A su vez, el Plan de Acciones, una versión mejorada del Plan Nacional contra la Explotación Sexual, detalla que las instancias responsables para las actividades previstas en cumplimiento del objetivo de “*incremento de los resultados obtenidos mediante un mejor monitoreo e investigación de delitos sexuales por Internet*” son el Poder Judicial, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública y el Ministerio Público. En su versión del 28 de noviembre del 2002, las actividades a realizar en cumplimiento de esta meta eran “*aprovechar la experiencia existente y dotar a las instancias que actualmente laboran en monitoreo e investigación de delitos sexuales por Internet,*

316 Está constituida por representantes de varias instituciones gubernamentales, no gubernamentales y organismos internacionales entre los cuales se encuentran los ministerios de Justicia, de Seguridad Pública, y de Educación; la Caja Costarricense del Seguro Social; la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Doméstica del Poder Judicial; la Fundación Paniamor; OIT-IPEC; UNICEF, etc. Para mayores detalles véase los artículos 23 y 24 del Reglamento al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 84 del 03 de mayo del 2006.

317 Fue actualizada en el 2003. Para más detalles ver “Informe de país: Costa Rica” presentado en la *Reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, op. cit.

318 Esta versión del Plan contemplaba como una de sus metas la creación de “una unidad especializada en investigación del uso de Internet para cometer delitos de explotación sexual comercial contra las personas menores de edad” así como “la capacitación en investigación y seguimiento del turismo sexual en Internet”, Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, diciembre del 2002, Presidencia de la República, p. 17.

319 Algunos de estos proyectos se mencionaron a lo largo del presente capítulo.

de financiamiento, mejores equipos de cómputo, acceso a esta red internacional, programas, entre otros recursos necesarios” y “capacitar al recurso humano en investigación del uso de la Internet como medio para facilitar los delitos de ESCNNA, y seguimiento del turismo sexual en Internet”. En cuanto al objetivo relacionado con la creación de una policía cibernética, éste no está mencionado en el Plan de Acciones.

Además, en el 2003 se creó el Frente Gubernamental contra la Pedofilia mediante un decreto ejecutivo que actúa “como una instancia del Poder Ejecutivo para poner en ejecución los mecanismos que sean necesarios para prevenir y denunciar actos que tiendan a la explotación sexual y al abuso sexual de las personas menores de edad, así como para impedir su participación y utilización en la pornografía infantil. Dicho frente lo integran las más altas autoridades de las siguientes instancias: Presidencia de la República, Gobernación y Policía y Seguridad Pública, Educación, Justicia, Turismo; Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO); y es presidido por la Ministra de la Niñez y la Adolescencia”³²⁰.

A continuación se citan las disposiciones de dicho decreto que son directamente pertinentes para el tema que nos ocupa:

“Artículo 1º-Créase el Frente Gubernamental contra la Pedofilia, como instancia del Poder Ejecutivo para la implementación de mecanismos que permitan prevenir y denunciar actos que tiendan a la explotación sexual y al abuso sexual de los menores de edad, así como a la participación en pornografía infantil, con las siguientes funciones:

[...]

e) Promover las acciones necesarias ante la

Asamblea Legislativa para que los proyectos de ley en los que se disponga el aumento de las sanciones a imponer para quienes incurran en actos de pedofilia y pornografía infantil así como los que contengan cualquier otra disposición que colabore con prevenir, detener y sancionar estos hechos delictivos, cuenten con un trámite prioritario y expedito;

- f) Dotar a las fuerzas de policía de mayores herramientas para combatir las redes pederastas difundidas a través de Internet y la difusión, distribución y reproducción de materiales pornográficos infantiles;*
- g) Estudiar la necesidad de legislar sobre figuras delictivas como la producción de pornografía infantil y el favorecimiento de la explotación sexual comercial de menores de edad. Asimismo, estudiar la necesidad de incorporar en la legislación aplicable sanciones más drásticas para quienes promuevan o comercien pornografía infantil;*
- h) Fomentar la labor de investigación que realizan el cuerpo de agentes encubiertos, con el fin de desarticular las redes que trafican material pornográfico con menores;*
- i) Estudiar la necesidad de promover la creación de los mecanismos legales necesarios para sancionar a quienes difundan, distribuyan, transporten o tengan materiales pornográficos infantiles...”*³²¹.

Notamos que algunos de los aspectos mencionados son fundamentales para abordar en forma exitosa el problema de la pedopornografía, especialmente el papel de los policías como agentes encubiertos en sus labores de investigación, el tema de la tenencia y de las otras figuras delictivas en esa materia y las herramientas disponibles para los agentes encargados de perseguir esos delitos en la Red. Sin embargo, somos

320 “Informe de país: Costa Rica”, op. cit., p. 6.

321 Decreto ejecutivo N° 31.369 del 9 de setiembre del 2003, vigente desde el 25 de setiembre del 2003.

del criterio de que existe el peligro de que esta nueva instancia duplique esfuerzos con otras ya existentes, en particular con la CONACOES. Más todavía cuando observamos que las instituciones que integran el Frente, con la excepción de la Dirección Nacional de Desarrollo de la

Comunidad (DINADECO), ya tienen representación en la CONACOES. En junio del 2005, la viceministra de Seguridad Pública, Ana Helena Chacón, comentó que este Frente no se había reunido todavía³²².

322 Entrevista realizada el 3 de junio del 2005.

CAPÍTULO III

La investigación de los delitos relacionados con la pedopornografía en Internet dentro y fuera de Costa Rica.

A. La división entre la policía administrativa y la policía judicial en el ordenamiento jurídico costarricense.

En el país, existe una división orgánica entre la policía administrativa que depende del poder ejecutivo y la policía judicial que depende del poder judicial. Para poder entender los alcances del trabajo que tienen que realizar los diferentes cuerpos de policía perteneciente a una u la otra y que son responsables de vigilar la Red, persiguiendo e investigando delitos relacionados con la pornografía infantil en Internet, es necesario explicar cual es el mandato de cada una de ellas según las normas vigentes.

El Código Procesal Penal, en los artículos 283 a 288, define cuales son las funciones de la policía judicial que actúan bajo la dirección y el control del Ministerio Público. Estas competencias son investigar los delitos de acción pública, de acción privada y de instancia privada según proceda, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables, y finalmente reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para sustentar la acusación o determinar el sobreseimiento.

Son numerosas las secciones del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), sin embargo las que tienen una relación directa con el tema que nos ocupa, son la Sección de Delitos Sexuales, Familia y Contra la Vida y la Sección de Delitos

Informáticos. Ambos departamentos apoyan a la Fiscalía en casos relacionados con explotación sexual comercial contra personas menores de edad siendo la segunda sección la que realiza un trabajo de análisis de las pruebas según procede, en casos de pornografía infantil que implicaron el uso de dispositivos informáticos.

A su vez, las funciones de la policía administrativa son reguladas por el mismo Código Procesal Penal, la Ley General de Policía y el Reglamento de Organización de los Cuerpos Policiales Adscritos al Ministerio de Seguridad Pública entre otros. Según dicha Ley General de Policía las fuerzas de policía deben encargarse *“de vigilar, conservar el orden público, prevenir las manifestaciones de delincuencia y cooperar para reprimirlas en la forma que se determinará en el ordenamiento jurídico”*³²³. La misma norma especifica que, entre sus atribuciones se encuentran, *“actuar supletoriamente en la realización de los actos de emergencia necesarios, cuando se enfrentan a situaciones que deban ser atendidas por algún cuerpo policial especializado”*³²⁴.

Es de especial relevancia, agregar que además de estas funciones preventivas, la legislación vigente prevé que la policía administrativa también puede asumir funciones de tipo judicial en circunstancias muy específicas. En efecto, en el artículo 284 del Código Procesal Penal costarricense, el que se refiere a la actuación de la policía administrativa, se determina que dicha policía administrativa en cuanto cumpla actos

323 Artículo 4, *Ley General de Policía*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª ed., San José, Costa Rica, 2003.

324 Artículo 8, *ibíd.*

de policía judicial lo hará siempre y cuando “no pueda hacerlo inmediatamente la policía judicial”, y en el cumplimiento de estas funciones actuará siempre “bajo la autoridad de los jueces y fiscales”. Finalmente, en estos casos, siempre según les términos del mismo artículo, cuando la policía judicial vuelva a intervenir, la policía administrativa será su auxiliar.

En el próximo capítulo, veremos como en el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar³²⁵ (Fiscalía de Delitos Sexuales), decidió hacer uso de esas facultades que le otorga la ley, al utilizar recursos humanos de la Unidad contra la Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública durante la investigación de un caso implicando la producción y el uso de pornografía infantil en Internet. Señalemos también, que en el 2006, en otro caso donde los funcionarios de la misma Unidad contra la Explotación Sexual apoyaron a la Fiscalía en labores investigativas, la defensa planteó un Procedimiento de Revisión ante el Tribunal Penal de Casación en contra de una resolución del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José mediante la que se encontraba responsables a dos personas por el delito de proxenetismo. En dicho Procedimiento de Revisión se argumentaba, entre otras cosas, que la Unidad contra la Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, a cargo de la investigación judicial en el caso, no era competente para realizar esos actos, puesto que ese cuerpo policial no había sido creado por la Ley General de Policía,

sino que había sido creado mediante la adopción de un Decreto Ejecutivo como veremos a continuación. Sobre este punto específico, el Tribunal Penal de Casación realizó una consulta ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que rechazó los argumentos expuestos, y determinó que todos los actos que derivan de esa Unidad “*mientras se apeguen al ordenamiento jurídico, son válidos y legítimos*”³²⁶.

La policía administrativa está organizada en distintos cuerpos cada uno con un mandato propio. Una vez más, de especial relevancia para la materia que nos ocupa es la dependencia conocida hasta la fecha, como la Unidad de Investigación de Delitos Cibernéticos, la cual es parte de la Dirección de Investigación Especializada (DIE) del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública costarricense. Además de esa Unidad, la Dirección está compuesta por otros cuatro departamentos. Uno de esos departamentos está especializado en investigar los delitos contra la explotación sexual comercial³²⁷. La DIE fue instaurada por un decreto ejecutivo a inicios del 2005, que contemplaba entre otras cosas, la creación de dichos departamentos³²⁸. La Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos, la que fue creada formalmente antes de la adopción del decreto, no está mencionada en el texto de dicho decreto, por lo tanto su existencia no tiene ningún asidero legal. Sin embargo, es necesario señalar que las nuevas autoridades del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, al iniciarse en mayo del 2006 el gobierno de Óscar Arias Sánchez, decidieron tramitar un

325 De ahora en adelante “Fiscalía de Delitos Sexuales”.

326 Véase la Resolución N° 2006-005686 de las 10:48 horas del 28 de abril del 2006.

327 Decreto ejecutivo N° 232.177 “Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad” del 10 de enero del 2005, Diario Oficial La Gaceta N° 6 del 10 de enero del 2005.

328 El artículo 114 del decreto ejecutivo contempla en realidad la creación de cinco departamentos pero en la actualidad solamente existen cuatro de ellos más la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos. Decreto ejecutivo N° 232.177, ibíd.

nuevo decreto con la intención de derogar el texto que había dado origen a la Dirección de Investigación Especializada para sustituirla por una dependencia con otro nombre³²⁹. El decreto en proceso de firma y publicación en el Diario Oficial, prevé la substitución de la actual Unidad de Investigación de los Ciberdelitos por otra llamada Unidad de Investigación de Delitos de Explotación Sexual de Personas Menores de Edad en línea y Otros Delitos Cibernéticos. Según los términos de dicho decreto a la fecha, las funciones que tendrán los agentes de la Unidad serían:

- 1) *“Recibir denuncias del Ministerio Público para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 7899 Ley Contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad, que reforma varios artículos del Código Penal, normativa conexas y concordante, nacional e internacional, así como cualquier reforma que se hiciera sobre la materia;*
- 2) *Procurar, recibir, analizar y distribuir informaciones confidenciales de manera directa, poniéndola en conocimiento del Ministerio Público y del cuerpo policial correspondiente;*
- 3) *Investigar, procurar, recibir, analizar y distribuir informaciones relativas a delitos cometidos en-línea poniéndola en conocimiento del Ministerio Público, de conformidad a la legislación procesal penal”.*

Al entrar en vigor, este decreto tendrá la ventaja de definir claramente cuales serían las atribuciones de los funcionarios de dicha Unidad, lo que sin duda impactará en forma positiva en su labor acabando con la incertidumbre jurídica actual dándole un asidero legal a una unidad que por el momento, está operando de hecho.

De acuerdo a lo descrito anteriormente, la realidad es que el ordenamiento jurídico

determina que la policía judicial -a través de su sección de Delitos Sexuales, Familia y contra la Vida y de su Sección de Delitos Informáticos- bajo la dirección funcional de la Fiscalía, tiene la principal responsabilidad de investigar los casos en la materia que nos interesa. Pero también hemos visto que en circunstancias especiales -en casos de emergencia y cuando la policía judicial no puede actuar inmediatamente-, la legislación vigente otorga la facultad al Ministerio Público de poder ordenar a los funcionarios de una dependencia de la policía administrativa actuar en forma supletoria coordinando actos de policía judicial.

En cuanto a determinar a que se refiere exactamente la expresión “cuando la policía judicial no pueda actuar inmediatamente” queda a criterio del propio Ministerio Público interpretar lo que significa. Es válido creer que en un caso específico donde las secciones de la policía judicial deberían intervenir por mandato, no pueden hacerlo -por una sobrecarga de trabajo y por consiguiente, por carecer de recursos humanos o materiales disponibles-, podría calificar como una situación en la que la policía judicial “no puede actuar inmediatamente”, otorgándole así a la Fiscalía la potestad de escoger a funcionarios de una dependencia de la policía administrativa, para que actúen en su lugar con el afán de agilizar la investigación en curso.

Tomando en cuenta la división orgánica entre la policía administrativa y judicial existente en el país, la que acabamos de describir y el hecho de que el Organismo de Investigación Judicial es el principal órgano competente para realizar labores investigativas en casos de que se cometan delitos, a continuación nos concentraremos en describir la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos del Ministerio de Seguridad

³²⁹ El texto actual pendiente de firma, estipula que la DIE tomará el nombre de “Departamento Nacional de Prevención y Control del Crimen” (DEPREC).

Gobernación, Policía y Seguridad Pública. Esto se debe a que es la única estructura policial del país, dedicada exclusivamente y a tiempo completo a patrullar la Red digital para prevenir la comisión de los delitos sexuales contra las personas menores de edad, mediante el uso de las computadoras y de la Internet aún con las limitantes que representa ser una dependencia de la policía administrativa en cuanto a sus poderes investigativos.

B. La Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública costarricense.

La formación de esa Unidad es el resultado de una iniciativa que fue impulsada por los jerarcas del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública durante la administración del presidente Abel Pacheco de la Espriella³³⁰. En junio del 2005 la Unidad tenía en total cuatro funcionarios asignados³³¹. Estaba activa trece horas diarias. Las computadoras, así como cámaras y videos digitales que utilizan han sido donados por la Embajada de Gran Bretaña en Costa Rica. Pese a su dedicación, los agentes enfrentan limitaciones de todo tipo incluyendo las de orden técnico que dificultan su trabajo cotidiano. Una de esas limitaciones es que no pueden acceder a la casi totalidad de los espacios en la Red donde se encuentran los depredadores sexuales, ni donde se intercambian o venden la mayoría de los materiales pedopornográficos. En consecuencia, por el momento su labor de investigación proactiva se ve restringida a la búsqueda de páginas Web en las que se

promueve a Costa Rica como un paraíso para el turismo sexual.

Los funcionarios de la Unidad afirman que desde que iniciaron sus labores hasta junio del 2005 han encontrado alrededor de unas noventa de esas páginas Web todas albergadas en servidores localizados fuera de Costa Rica, principalmente en los Estados Unidos, Canadá y España las cuales son desplegadas en inglés, español y alemán. Según han constatado, los nombres de los contactos que aparecen en estas páginas son casi todos extranjeros y las páginas están diseñadas para atraer a turistas extranjeros mediante la venta de “paquetes” que incluyen transporte, alojamiento y “demás servicios”. También señalan que en las páginas que han detectado hasta ahora no se despliega abiertamente pornografía infantil ni se ofrecen aparentemente servicios de personas menores de edad sino más bien servicios de relaciones sexuales remuneradas con personas adultas³³². Algunas, incluso, advierten que tener relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad es ilegal en Costa Rica. Sin embargo, el vínculo entre el turismo sexual, las relaciones sexuales remuneradas y la utilización de personas menores de edad en materiales pornográficos ha sido demostrado y es una realidad que no se puede obviar, tal como lo hemos señalado anteriormente.

Cuando es pertinente, los funcionarios de la Unidad transmiten la información recogida al representante de la Agencia Federal de Investigación (FBI) de la Embajada de los Estados Unidos en Costa Rica, acciones que deberían coordinarse

330 Mayo 2002 a mayo 2006.

331 Los datos descritos a continuación fueron recopilados mediante entrevistas realizadas el 8 de junio del 2005 con Paul Chávez Cambronero el entonces director de la Dirección de Investigación Especializada a la que pertenece la Unidad y con Carlos Vargas, responsable de la Unidad y Javier Mata, funcionario de la misma.

332 Este tipo de relaciones no son delito en Costa Rica.

con la Fiscalía de Delitos Sexuales, pero enfatizan la necesidad de desarrollar una estrecha colaboración con las autoridades de otros países.

C. Estructuras supranacionales especializadas en la lucha contra la pedopornografía en Internet.

Existen varias estructuras alrededor del mundo que tienen como mandato investigar y perseguir los delitos cometidos en el espacio cibernético, entre los cuales se encuentran los relacionados con la pedopornografía. Son constituidas por redes de contacto que se han formado debido a necesidades específicas existentes en la materia y por organizaciones dedicadas a perseguir delitos criminales tradicionales que han creado grupos o departamentos especializados para luchar contra la ciberdelincuencia.

Algunos de esos grupos o departamentos no se concentran únicamente en los delitos relacionados con la pedopornografía en Internet sino que además son competentes para investigar otros delitos cometidos mediante el uso de Internet. Ciertas estructuras tienen un ámbito de aplicación global; otras tienen un mandato regional, como veremos a continuación.

1. Estructuras con un ámbito geográfico de aplicación global.

El G8 es un grupo multilateral compuesto por Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Rusia, el Reino Unido y Estados Unidos. Otros Estados y organizaciones asisten a las reuniones con el estatus de observadores. En 1995, el G8 impulsó la creación de un grupo de expertos, conocido como el Grupo de Lyon, con la finalidad de establecer

criterios para luchar de forma más eficaz contra el crimen organizado internacional. Este último a su vez formó un subgrupo sobre la delincuencia informática. Acerca de los resultados concretos del trabajo realizado por el sub-grupo se destacó:

- *“La creación de una red de 24 horas de puntos de contacto sobre cybercrimen, actualmente con 40 miembros;*
- *La negociación de principios básicos de acción contra el cybercrimen y elaboración de un plan de acción, adoptado por los Ministros de Justicia e Interior del G8 y avalado por los Jefes de Estado;*
- *La redacción de distintos documentos sobre mejores prácticas, incluyendo líneas directrices sobre seguridad en las redes. Asistencia en la elaboración de legislación básica;*
- *Evaluaciones sobre las amenazas para las fuerzas de seguridad del uso malicioso de las nuevas tecnologías;*
- *Conferencias y actividades de formación para fuerzas de seguridad sobre cybercrimen”³³³.*

Más específicamente en relación con el fenómeno de la explotación sexual infantil, los ministros de justicia y del interior del G8 acordaron en junio del 2005 dar su apoyo al proyecto de creación de una base de datos internacional de fotografías de pedopornografía encontradas en Internet llamada *International Child Sexual Exploitation Database* (ICSE). En el 2001, el G8 había encargado la realización de un estudio sobre la viabilidad de una base de datos de esa naturaleza. El principal objetivo de tal base de datos consiste en proveer una herramienta que permita a los respectivos servicios de policía especializados de los países miembros del G8 identificar de una forma más pronta a los depredadores sexuales y a sus víctimas al tener la posibilidad de comparar y compartir las fotografías centralizadas en un

333 DENIS MENDOZA, op. cit.

registro internacional común. Se decidió que la ICSE sería manejada por la organización internacional de policía criminal conocida como la INTERPOL y que se usaría como modelo tanto la existente base de datos de esa organización como la llamada *Childbase* creada por el *National Crime Squad* británico, la que en junio 2005 ya contenía alrededor de 800 000 fotografías³³⁴.

La INTERPOL tiene como función principal proveer servicios a las policías de sus Estados miembros con el fin de mejorar el esfuerzo internacional en contra de las actividades criminales. Esa cooperación policial se aplica a todas las actividades delictivas que se llevan a cabo, tanto contra personas como contra bienes, en tanto tienen un elemento transnacional. Uno de los principales ejes de trabajo de esa organización es la lucha contra el abuso sexual y la explotación sexual de las personas menores de edad. Tal como lo hemos mencionado, desde 1992, existe en su seno un grupo de trabajo especializado en delitos cometidos contra las personas menores de edad llamado *Standing Working Party on Offences Against Minors*, que se concentra en cuatro áreas temáticas: “la trata y la explotación comercial de niños, los ofensores sexuales, los delitos violentos graves cometidos en contra de los niños y la pornografía infantil”³³⁵. En 1996, la organización tomó otra iniciativa para fomentar una mejor lucha contra la explotación sexual infantil al recopilar la legislación existente en materia de pornografía infantil en sus respectivos países miembros.

Ya aludimos a la red de contacto conocida como 24/7, que fue creada por la INTERPOL bajo el impulso del G8. Consiste en una red pri-

vada virtual a la que se puede acceder inmediatamente y en forma interactiva. Para ello, existen puntos de contacto activos 24 horas al día y 7 días a la semana en las diferentes oficinas de los países miembros de la organización. Su fin es proveer un apoyo permanente a los servicios que están investigando delitos cometidos mediante el uso de Internet o en Internet. Cabe rescatar que dispone de un riguroso sistema de seguridad.

Finalmente, desde el 2003 existe la *Virtual Global Taskforce*, una alianza entre agencias de policía de Canadá, Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos y la INTERPOL, especializadas en perseguir delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad en el ciberespacio³³⁶. Su objetivo principal es mandar el mensaje a la comunidad de depredadores sexuales que buscan personas menores de edad en línea, de que Internet no es un lugar anónimo. Una de las iniciativas desarrolladas por el grupo desde diciembre del 2003 se llama operación PIN, y consiste en administrar un sitio Web que está diseñado de tal modo que da la impresión de que en él están desplegadas imágenes de abuso sexual de personas menores de edad pero en realidad es un sitio administrado por la policía. Cada vez que un depredador sexual en búsqueda de esas supuestas imágenes entra en el sitio, el individuo es advertido de que entró en un sitio perteneciente a la policía y monitoreado por ella, que ha cometido un delito y que sus datos pueden haber sido rastreados y comunicados a la policía del país donde se encuentra.

A continuación vamos a analizar otras estructuras que tienen un ámbito geográfico de acción más localizado.

334 A título comparativo, la base de datos denominada *Caliope* de la policía y gendarmería francesa contenía alrededor de 480.000 fotografías a finales del 2005.

335 <<http://www.interpol.int/Public/Icpo/default.asp>> [Consulta: 7 noviembre 2005]. Traducción de la autora.

336 El sitio Web de esa red fue inaugurado en enero del 2005. La dirección es <<http://www.virtualglobaltaskforce.com/>>.

2. Estructuras con un ámbito geográfico de aplicación regional.

IberRed, la red iberoamericana de justicia, el equivalente del *Eurojust* para la región Europea, desde octubre del 2004 está encargada de reforzar la cooperación y coordinación judicial especialmente contra formas de criminalidad organizada tales como el narcotráfico y el terrorismo. En Cartagena, Colombia, los fiscales, jueces y delegados de ministerios públicos y ministerios de justicia de 23 países de la región latinoamericana además de España y Portugal se reunieron para suscribirse oficialmente al proyecto de creación de esa red iberoamericana de cooperación judicial luego de haber organizado varias reuniones anteriores para analizar los alcances de tal proyecto.

*“Vamos a firmar un instrumento especial de refuerzo de la cooperación judicial que será relevante en el traslado de personas condenadas, en las extradiciones, pero también en los expedientes civiles y penales que requieren compartir información, experiencia e información de jueces y magistrados”*³³⁷, declaró el entonces ministro español de Justicia, Juan Fernando López Aguilar. Un asesor del ministro agregó que *“con esta iniciativa se pretende crear un entramado de relaciones”*³³⁸ entre las autoridades judiciales de los 23 países presentes en la reunión.

En marzo del 2005, se llevó a cabo una operación para dismantelar una red de depredadores sexuales consumidores de pedopornografía en Internet llamada operación Cerbero. Fue el primer caso de colaboración entre IberRed y *Eurojust*, la

oficina europea de cooperación judicial. La Guardia Civil española a cargo de coordinar la operación, había identificado más de novecientas conexiones en doce países europeos y latinoamericanos, que incluían entre otros a Francia, Italia, España, Chile, México, Panamá, Argentina, Costa Rica y República Dominicana. Se arrestó a más de 500 personas y se localizaron unos 20.000 archivos de sonido y de texto pedopornográficos.

El Foro Iberoamericano de Encuentros de Ciberpolicías (FIEC) constituye otro espacio importante que permite reforzar los mecanismos de coordinación y agilizar el intercambio de información entre los servicios de policía de la región que son especializados en perseguir los crímenes cometidos en la red de redes. El IV Foro se organizó en Sevilla (España) en octubre del 2005 bajo el impulso de la Guardia Civil española, la que reunió delegaciones de 15 países iberoamericanos entre los cuales se encontraban representantes de los servicios de policía y del sector judicial de países como Venezuela, México, República Dominicana, Perú, Argentina, Chile y Brasil³³⁹. El tema de la pedopornografía en Internet ha sido ampliamente tratado a través de los foros anteriores y en este último.

Finalmente, como ejemplo de institución regional podemos mencionar a EUROPOL, la oficina europea de policía. Su misión consiste en apoyar los esfuerzos realizados por los servicios de policía de los diferentes países miembros actuando como un punto de coordinación y cooperación con el fin de prevenir y luchar contra el terrorismo, el tráfico de drogas ilegales y otras formas

337 Véase “Sudamérica crea IberRed, un circuito de información delictiva para combatir el crimen internacional” [en línea] disponible en <www.estrelladigital.es> [Consulta: 7 noviembre 2005].

338 *Ibíd.*

339 IV Foro Iberoamericano de Encuentro de Ciberpolicías, 24-28 de octubre del 2005, Sevilla, España. Véase también “Un foro diseñará la doctrina común con Iberoamérica en la lucha contra los delitos en Internet” [en línea], *Yahoo Noticias*, 24 de octubre del 2005 disponible en <<http://es.news.yahoo.com/051024/185/4cv9h.html>> [Consulta: 31 octubre 2005].

graves de actividades criminales internacionales organizadas, que incluyen la pedopornografía en Internet. Como ejemplo de iniciativas relacionadas con la lucha contra la explotación sexual comercial infantil además de intervenir en investigaciones, EUROPOL ha publicado varios estudios sobre la materia³⁴⁰ y ha organizado cursos de capacitación dirigidos a los agentes de los diferentes servicios de policía europeos³⁴¹.

D. Ejemplos de estructuras nacionales existentes en otros países.

Ya mencionamos las principales entidades encargadas de luchar contra la pedopornografía en Internet y otros ciberdelitos, a nivel global y regional. Sin embargo, el trabajo de estas organizaciones necesariamente tiene que apoyarse en estructuras nacionales policiales que tienen jurisdicción en cada uno de los respectivos países dónde están localizadas.

Refiriéndose en específico a la pedopornografía en Internet, una funcionaria del grupo de la INTERPOL especializado en los delitos contra las personas menores de edad indicó que “*los especialistas en delitos cometidos contra las personas menores de edad no son siempre especialistas en cómputo*” y continuó destacando que para compensar esta realidad “*en forma creciente, se están creando unidades nacionales específicamente para combatir el uso criminal de Internet*”³⁴².

Ese fenómeno señalado por la funcionaria de INTERPOL se refleja en el número de países que han creado estructuras especializadas encargadas

de investigar y perseguir los responsables de cometer delitos cibernéticos en el seno de instituciones que hasta ese momento se dedicaban a perseguir delitos tradicionales. Tal es el caso en Francia de la *Brigade de protection des mineurs* (Brigada de Protección de los Menores) de París, perteneciente a la Dirección regional de París de la policía judicial que ha creado en el 2003 un grupo de investigadores encargados de concentrarse en investigar los delitos relacionados con las tecnologías de la información, los cuáles incluyen la pedopornografía³⁴³. Cabe señalar que en ciertos países grandes, existen estructuras descentralizadas que trabajan únicamente a nivel regional o local y no a nivel nacional.

Algunas de esas estructuras están diseñadas para investigar los ciberdelitos en general y se subdividen en unidades o componentes, uno de las cuales generalmente se concentra en los delitos sexuales contra las personas menores de edad cometidos mediante el uso de Internet. Tal es el caso del *National Crime Squad* británico, que se subdivide entre el *National Hi Tech Crime Unit* (Unidad Nacional de Investigación de Delitos de Alta tecnología) y la *Paedophile Online Investigation Team* (Equipo de Investigación de Delitos Relacionados con la Pedofilia en Línea) así como del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil española. En efecto, la sección de investigación de este último se subdivide a su vez en cuatro equipos; el equipo encargado de investigar los casos de pedofilia, el equipo encargado de investigar los fraudes, el encargado de investigar los casos de *hacking* y el de los casos que atentan contra la propiedad intelectual.

340 Véanse por ejemplo informe de EUROPOL, *Child Abuse in relation to Trafficking in Human Being* [en línea], enero 2005. Disponible en <<http://www.europol.eu.int/index.asp?page=publications&language=>> e otro informe de EUROPOL, *Child Pornography Legislation within the European Union*, op. cit.

341 Por ejemplo, *Training Course on Combatting Child Abuse on the Internet* en octubre del 2002 y octubre del 2005, La Haya, Holanda.

342 FOURNIER de SAINT MAUR, op. cit., p. 3. Traducción de la autora.

343 Le Forum des droits sur l'internet, op. cit., p. 20.

Muchas de esas estructuras nacionales especializadas han sido activadas durante la segunda mitad de los años noventa, época que marca el auge de la Internet, y otras lo han sido más recientemente. La *Innocent Images National Initiative* del FBI fue creada en 1995, la Policía Cibernética de la Secretaría Mexicana de Seguridad Pública en el 2000 así como el *Office de*

lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) francés y finalmente en el 2004 se formó el Departamento de Investigación de Crímenes y Delitos de Alta tecnología (DICAT) dominicano.

A continuación identificaremos cuáles son las estructuras existentes en una muestra de países.

Países donde existen una o varias unidades especializadas en perseguir los ciberdelitos en general –pedopornografía incluida- o delitos sexuales cometidos mediante el uso de Internet en específico

País	Nombre ³⁴⁴
Francia	• <i>Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC). Police judiciaire nationale</i> • <i>Département de lutte contre la cybercriminalité³⁴⁵. Service technique de recherches judiciaires et de documentation. Gendarmerie nationale</i> • <i>Département informatique et électronique. Institut de recherche criminelle. Gendarmerie nationale</i>
España	• Brigada de Investigación Tecnológica (BIT). Policía nacional • Grupo de Delitos Telemáticos. Guardia Civil
Gran Betaña	• <i>Paedophile Online Investigation Team (POLIT). National Crime Squad</i> • <i>National High Tech Crime Unit (NHTCU). National Crime Squad</i> • <i>Scotland Yard's Paedophile Unit</i>
Italia	• <i>Sezione telematica. Reparto Investigazioni Scientifiche (RIS) di Roma. Arma dei Carabinieri</i> • <i>Polizia Postale e delle Comunicazione. Polizia di Stato</i>
Portugal	<i>Secção de Investigação da Criminalidade Informática e nas Telecomunicações. Direcção Central da Polícia Judiciária</i>
Holanda	<i>National Criminal Intelligence Department. The National Police Services Agency (KLPD)</i>
Suiza	<i>National Coordination Unit for Cybercrime Control (CYCOS). Federal Office of Police</i>
Noruega	<i>National Bureau of Crime Investigation (Kripos)</i>
Suecia	• <i>Information Technology Crime Unit. National Criminal Investigation Department. Swedish Police Force</i> • <i>Child Protection Team. Swedish National Criminal Police</i>
Estados Unidos	• <i>The Innocent Images National Initiative (IINI). Cyber Crimes Program. FBI</i> • <i>The Cyber Crimes Center. US Immigration and Customs Enforcement</i> • <i>Fraud, Child Exploitation and Asset Forfeiture Group. US Postal</i> • <i>Inspection Service Computer Crime and Intellectual Property Section, US Department of Justice</i>

344 Para los países federales solamente se indicarán los servicios que tienen potestad a nivel federal.
 345 Este departamento agrupa tanto *le Centre d'analyse des images pédo-pornographiques* (Centro de Análisis de las Imágenes Pedopornográficas) -encargado de juntar, analizar y comparar todas las imágenes recogidas por los diferentes servicios de investigación franceses en la materia como una labor de apoyo a estos servicios- como el *Département de surveillance internet* (Departamento de Vigilancia de Internet).

País	Nombre ³⁴⁴
Canadá	• <i>The National Child Exploitation Coordination Center. Royal Canadian Mounted Police (RCMP)</i> • <i>The Technological Crime Program. RCMP</i>
México	Policia Cibernética. Secretaría de Seguridad Pública
República Dominicana	Departamento de Investigación de Crímenes y Delitos de Alta tecnología (DICAT). Dirección Central de Investigaciones Criminales
Costa Rica	• Unidad de Investigación de Delitos Cibernéticos. Dirección de Investigación Especializada (DIE) • Sección de Delitos Informáticos. Organismo de Investigación Judicial
Argentina	• División de Delitos en Tecnologías. Policía Federal • Departamento Técnico y Análisis Criminal. Policía Federal • División de Ingeniería de Proyectos Informáticos. Gendarmería Nacional
Brasil	<i>Divisão de Repressão a Crimes Cibernéticos.</i> Policía Federal
Perú	Departamento de Investigación de Delitos Informáticos. División de Investigación de Estafas y otras Defraudaciones
Chile	Sección de Delitos Informáticos. Carabineros de Chile
Uruguay	Sección de Delitos Informáticos. Dirección de Delitos Complejos. Policía Nacional
Colombia	Grupo de Delitos Informáticos. Policía Nacional
Israel	<i>Computer Crimes Division. Israel National Police</i>
Australia	<i>Australian High Tech Crime Centre (AHTCC). Australian Federal Police</i>
Filipinas	<i>Anti-Fraud and Computer Crimes Division. National Bureau of Investigation Philippines National Police</i>

Cabe mencionar que cuando se estudia como están organizados los diferentes servicios encargados de luchar contra la pornografía infantil en Internet, resalta el hecho que en muchos países existe una especie de división de labores prevista a nivel orgánico. En efecto, las estructuras organizativas de los diferentes servicios o departamentos de policía dedicados a combatir dichos delitos están a menudo diseñadas de tal modo que dividen las labores entre una unidad en la que los oficiales asignados se especializan específicamente en patrullar e investigar la Red en búsqueda de indicios y pruebas de que se hubiera cometido algún delito, y otra unidad cuyos funcionarios

-a menudo ingenieros o técnicos informáticos-, una vez recopiladas las pruebas por los investigadores, realizan labores de peritaje de dichas pruebas.

Este es el caso en la gendarmería nacional francesa donde, desde 1992, existe en el seno de la *Direction générale de la gendarmerie nationale* (DGGN) un departamento de informática y electrónica (*département informatique et électronique*) cuyos ingenieros y técnicos especializados recuperan, rastrean y analizan datos e informaciones en todo tipo de soporte informático y, desde 1998, un departamento de lucha contra la cibercriminalidad (*Division de lutte contre la*

cybercriminalité) cuyos funcionarios “patrullan” constantemente en la red de redes.

En conclusión, debemos señalar que la gran mayoría de los actores involucrados en la lucha contra la pedopornografía en Internet y contra los ciberdelitos en general coinciden en señalar la imperiosa necesidad de desarrollar una mayor cooperación entre los servicios de policía y entre los agentes de los sistemas judiciales³⁴⁶. Tal es el caso de la INTERPOL cuando afirmaron que esta organización “reconoce el rol fundamental de la cooperación entre los servicios de policías y el rol

propio que estos deben jugar en la definición de las estrategias a nivel internacional”³⁴⁷.

Sin embargo, el refuerzo de la cooperación entre los países debería ser acompañado por un esfuerzo de armonización de las legislaciones penales relativas a la represión de la pedopornografía. Estas medidas tanto en el ámbito legal como en el policial, de ser implementadas, darían resultados concretos que reflejarían inequívocamente el grado de compromiso que los países tienen con la lucha en contra de la explotación sexual de la niñez en Internet.

346 A manera de ejemplo véase la ponencia de PIRAGOFF K., Donald, Ministerio de Justicia canadiense “International Cooperation in Combatting Cyber-Crime” ponencia presentada en la *Reunión del grupo de expertos gubernamentales en materia de delito cibernético*, Organización de Estados Americanos (OEA). 23-24 junio del 2003. Washington DC, Estados Unidos.

347 FOURNIER de SAINT MAUR, op. cit., p. 3. Traducción de la autora.

CAPÍTULO IV

La Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica: un caso de estudio.

Los miembros de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica³⁴⁸ fueron investigados y enjuiciados a raíz de una denuncia hecha por Rocío Rodríguez, funcionaria en ese momento de la organización no gubernamental dedicada a la lucha a favor de los derechos de las personas menores de edad Casa Alianza, ante la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar³⁴⁹ en diciembre del 2000. Tal denuncia dio lugar a un trabajo de investigación de varios meses por parte de la Unidad contra la Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública. Posteriormente, cinco personas³⁵⁰ fueron sentenciadas el 5 de diciembre del 2002, a un total acumulado de 116 años de cárcel. Ciertos aspectos del *modus operandi* usado durante la investigación fueron muy característicos de los casos de pedopornografía en Internet y a la vez, las sentencias emitidas por los tribunales de justicia competentes en este caso se refieren a temas legales claves para la persecución efectiva en la red de ese tipo de delitos. Seguidamente analizaremos estos aspectos luego de presentar cuáles fueron los hechos del caso.

A. Los hechos.

Rocío Rodríguez quien es ahora la directora ejecutiva de la Asociación Alianza por Tus Derechos, procedió a revisar informaciones en Internet dentro del marco de una investigación

de campo sobre el tema de la explotación sexual en Centroamérica y México. Fue así como encontró un sitio denominado “comunidad Paídos”. En él se explicaba que la página era un punto de encuentro de *boylovers*³⁵¹ hispanoparlantes de todo el mundo y que estos se relacionaban a través de una lista de correo electrónico para conversar sobre su atracción hacia los niños. La señora Rodríguez se inscribió en la lista de correo mandando un mensaje electrónico donde solicitaba contacto con *boylovers* centroamericanos bajo una identidad falsa, haciéndose pasar por un varón panameño de 43 años atraído sexualmente por los niños llamado Róger Morales, que vivía en los Estados Unidos. Una persona le contestó y se identificó posteriormente como Cristian Araya Monge, ciudadano costarricense.

Luego de poner la denuncia ante la Fiscalía y como parte de la posterior investigación llevada a cabo por la Unidad contra la Explotación Sexual del Ministerio Gobernación, Policía y Seguridad Pública, la señora Rodríguez, bajo la dirección funcional de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público, tal y como lo establece la ley procesal penal costarricense, y siempre bajo su falsa identidad, mantuvo una relación virtual con Cristian Araya Monge a través de mensajes de correos electrónicos con el objetivo de ganar su confianza y obtener suficiente información sobre

348 Los datos del caso proporcionados y las citas reproducidas en este capítulo fueron extraídos del expediente judicial N° 00-000616-0609.

349 De ahora en adelante “Fiscalía”.

350 Las cinco personas son Jorge Salas Bonilla, agente de ventas, Cristian Geovanny Morales Espinoza, taxista y artesano, Gilio Marín Rojas, abogado, Cristian Araya Monge, misceláneo y Marco Antonio Vargas Carrillo, carnícero.

351 Literalmente “amantes de niños”.

posibles conductas delictivas y posibles redes de contactos así como la identidad de posibles ofensores involucrados en este ilícito. Al poco tiempo de intercambiar correos electrónicos, Araya Monge empezó a revelar detalles personales acerca del país donde vivía -Costa Rica-, su lugar de trabajo -la Universidad de Costa Rica-, su ocupación, los nombres de amigos con quienes compartía las mismas inclinaciones sexuales y hasta nombres concretos de víctimas varones menores de edad con quienes tenía o había tenido contacto sexual directo. Araya Monge mencionó la visita al país de un ciudadano español al que había conocido por la misma vía que Róger Morales (Rocío Rodríguez) y que había llegado al país en condición de turista con el objetivo de tener contactos sexuales con menores con los que el mismo Araya Monge lo puso en contacto.

A lo largo de los intercambios electrónicos, Cristian Araya Monge mencionó que pertenecía a un grupo que compartía la misma “afición” y que juntos organizaban fiestas. Este mandó direcciones de páginas Web a Róger Morales donde podía encontrar informaciones -en forma escrita y visual- sobre pornografía infantil y también le mandó fotografías de una persona menor de edad con quien en ese tiempo tenía relaciones sexuales remuneradas en el sitio donde laboraba, que a la fecha de los acontecimientos era un laboratorio de audiovisuales de la Facultad de Letras en la Universidad de Costa Rica el cual, además le brindaba toda la infraestructura logística y tecnológica -computadora, cámara de video digital, conexión permanente a Internet, etc.- para ejecutar el ilícito por lo cual fue condenado posteriormente.

Róger Morales (Rocío Rodríguez) le presentó “virtualmente” a Cristian Araya Monge un

supuesto coterráneo, el que se identifica como John Alfredo Rivera Segura, de 26 años, vecino de Cartago, que decía compartir también la misma atracción sexual por los niños. En realidad, John Rivera era un agente encubierto³⁵² de la Unidad contra la Explotación Sexual del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública y tenía como función principal, primero, corroborar la información que el señor Cristian Araya Monge proporcionaba vía electrónica a Róger Morales (Rocío Rodríguez), y segundo, intentar contactarlo personalmente.

En julio del 2001, luego de 6 meses de intercambiar correos electrónicos, Cristian Araya Monge propuso al oficial encubierto John Alfredo Rivera, organizar una fiesta con varones menores de edad en un apartamento de San Pedro de Montes de Oca, San José -lugar facilitado en realidad por la organización Casa Alianza para efectos de la investigación-. Previa orden del juez de garantías, en el lugar se habían colocado cámaras y micrófonos ya que se planeaba proceder al allanamiento del sitio durante la fiesta y en forma simultánea también allanar el laboratorio de audiovisuales en la Universidad de Costa Rica y la casa de habitación de Cristian Araya Monge. En la fiesta, se encontraban cuatro menores varones de 15 a 17 años de edad. Durante el operativo se encontró una carpeta de Araya Monge con unos 200 nombres de personas menores de edad y dónde ubicarlas.

Al formular la acusación formal y solicitar la apertura del juicio la Fiscalía declaró, *“sin lugar a dudas del anterior cuadro fáctico, se desprende que las conductas desplegadas por los imputados, caen dentro del campo de la explotación sexual de las personas menores de edad, la cual constituye una clara violación de los derechos humanos y*

352 Más adelante en el capítulo definiremos lo que es un “agente encubierto”.

*un menosprecio absoluto por la integridad física y moral de esta población; entendida también como una forma moderna de esclavitud que cosifica el cuerpo de sus víctimas, haciéndoles perder su autoestima, su habilidad para soñar, fantasear, y sentir y pensar como adolescentes”*³⁵³. La Fiscalía acusó formalmente a los imputados de varios delitos pero específicamente en cuanto a los relacionados con pornografía, a Cristian Araya Monge por difusión de pornografía en perjuicio de los menores presentes en la fiesta y por el delito de producción y fabricación de pornografía infantil, y a los otros cuatro imputados por difusión de pornografía en perjuicio de los menores presentes en la fiesta.

Debemos aclarar que no se pudo acusar a Cristian Araya Monge de difusión de pornografía infantil ya que cuando ocurrieron los hechos esta conducta no estaba tipificaba por el Código Penal costarricense. En efecto, tal como lo hemos discutido ampliamente en el capítulo anterior, el artículo 174 del Código Penal fue reformado en noviembre del 2001, hasta ese entonces se adicionó el segundo párrafo que castigaba la difusión de pornografía infantil.

En noviembre del 2002 se abrió el juicio y la sentencia³⁵⁴ fue dictada el 5 de diciembre del mismo año por el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José contra los cinco imputados por los delitos de corrupción de menores, suministro de drogas a personas menores de edad, abuso sexual contra personas menores de edad, asociación ilícita, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, producción de pedopornografía, difusión de pornografía en perjuicio de personas menores

de edad y proxenetismo agravado en perjuicio de cinco personas menores de edad.

Cristian Araya Monge fue condenado a seis años de cárcel por el delito de fabricación y producción de pornografía infantil además de otros delitos, no obstante el Tribunal no los condenó ni a él ni a los demás imputados, por los delitos de difusión de pornografía en perjuicio de los menores presentes en la fiesta como así lo solicitó la acusación incoada por parte de la Fiscalía. El argumento del tribunal fue que este delito debía subsumirse o interpretarse comprendido dentro del delito de corrupción de menores³⁵⁵.

Acerca de la condena de Cristian Araya Monge por producción o fabricación de pornografía infantil (artículo 174 del Código Penal) el Tribunal declaró, *“este delito está plenamente acreditado gracias al testimonio de O.M.A. en cuyo perjuicio se realizó, pues este menor describe claramente que en una oportunidad, en fecha de 23 de setiembre 2000, en el laboratorio de audiovisuales de la Universidad de Costa Rica, Cristian Araya Monge lo filmó y fotografió desnudo, masturbándose y manteniendo relaciones sexuales orales con éste y hacia éste, es decir, practicándose mutuamente sexo oral y besos en la boca. Esta filmación y fotografías así realizadas por Araya Monge con la anuencia de O.M.A. lo fue con la condición expresa de que no serían divulgados, es decir, que sería estricto patrimonio de Araya. No obstante, Araya los edita y envía por vía de correo electrónico y con fines de promoverlo sexualmente, al español Juan García y a Róger Morales, logrando con ello no sólo lesionar el derecho de imagen de O.M.A., sino además determinar a ese español a venir a Costa Rica para utilizar a O.M.A. como objeto*

353 Véase expediente judicial, op. cit.

354 Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial, Fallo N° 657-2002 del 5 de diciembre del 2002.

355 Véase expediente judicial, op. cit.

sexual. Ese material pornográfico así producido o fabricado por Araya Monge fue decomisado del CPU de la computadora, que como herramienta de trabajo le había sido asignada en ese lugar de trabajo”³⁵⁶. El tribunal también destacó en la sentencia “la utilización de herramientas informáticas para propalar y/o [sic] extender los efectos negativos de los delitos cometidos”³⁵⁷. Finalmente siempre refiriéndose a Araya Monge los jueces declaran que “esta actividad ilícita, el encartado la documentaba mediante fotografías, en el período de tiempo ya citado, a la vez la recopiló en CD’s, complementándola con material pornográfico infantil bajado de la red de Internet y lo compartía con sus amigos aquí coimputados; a la vez lo remitía mediante esa vía a otros pedófilos”³⁵⁸.

Posteriormente al dictado de la sentencia por parte del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José los imputados procedieron a interponer un recurso de casación contra la sentencia, el cual fue declarado sin lugar el 5 de junio del 2003³⁵⁹.

Finalmente Gilio Marín Rojas planteó en octubre del 2003 un procedimiento de revisión de sentencia ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que fue declarado inadmisibile el 26 de marzo del 2004³⁶⁰. El mes de marzo 2004, 16 meses después de haber sido condenado, el licenciado Gilio Marín Rojas fue suspendido por el Colegio de Abogados por el número de años equivalente a la sentencia que había recibido, es decir 30 años.

B. Aspectos legales claves.

En esta sección tomaremos como punto de partida para la discusión, los argumentos expuestos tanto en el voto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando se rechazó el recurso de casación como el voto de la misma Sala cuando declaró sin lugar el procedimiento de revisión³⁶¹.

Rescataremos en especial dos temas centrales los cuales fueron especialmente relevantes en este caso y lo serán en futuros casos de pornografía infantil en Internet. Se trata de las figuras del agente provocador y del agente encubierto así como de aspectos relacionados con la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. A continuación analizaremos por qué estos aspectos son importantes.

1. Las figuras del agente provocador y del agente encubierto.

Uno de los argumentos esgrimido por parte de los abogados defensores durante el juicio fue que lo sucedido en la fiesta en donde se verificaron los hechos de consumo de drogas y comisión de actos sexuales ilícitos en perjuicio de personas menores de edad, fue consecuencia y responsabilidad no de la figura del agente encubierto sino, del agente provocador.

a) En este caso no hubo un agente provocador sino un agente encubierto.

356 Véase expediente judicial, op. cit.

357 Ibid.

358 Ibídem.

359 Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2003-00457 de las 15:20 horas del 5 de junio del 2003

360 Véase procedimiento de revisión de la sentencia contra el Fallo N° 657-2002 del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial declarado inadmisibile por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución de las 8:42 horas del 26 de marzo del 2004.

361 Véase Resolución N° 2003-00457, op. cit. y procedimiento de revisión, ibíd.

Refutando el argumento de los abogados defensores mencionado en el párrafo anterior, la Sala sostuvo que el agente encubierto no fue agente provocador cuando dispuso en su sentencia de junio del 2003 al resolver el recurso de casación que *“en el caso que ahora se resuelve, la actividad de investigación se limitó a registrar la conducta planificada de antemano por los acusados y ejecutada por ellos con pleno dominio del acontecimiento, sin que pueda sostenerse que las autoridades instigaron la comisión de ilícito o que toleraran la lesión de bienes jurídicos de los menores perjudicados”*³⁶².

Y de nuevo la misma Sala en junio del 2004 reitera, *“evidentemente la prueba ya examinada comprueba que dichos imputados se dedicaban mediante una estructura organizada a cometer delitos por los que se les sanciona, lo que evidencia la información electrónica enviada voluntariamente por Araya Monge a Róger Morales [Rocío Rodríguez], pero no solo a éste, sino además a un español y a cualquier pedófilo que se la requiriera; [...] por consiguiente, no fueron esas infiltraciones las que los instigó o determinó a realizar esos delitos. Pues ya los realizaban tiempo atrás, sino que las mismas [infiltraciones] lo que lograron fue comprobar esa actividad ilícita de los imputados”*³⁶³.

b) ¿Cuál es la diferencia entre el agente encubierto y el agente provocador?

En Costa Rica, la jurisprudencia ha diferenciado en reiteradas oportunidades la figura del

agente encubierto de la del agente provocador y la Sala luego de recordarlo en su voto de junio del 2004³⁶⁴ continúa señalando *“en cuanto al concepto de «delito experimental»³⁶⁵ adoptado por la Sala Constitucional, es oportuno remitir a la sentencia de esta Sala que se refiere al mismo, así como a los conceptos de agente provocador y agente encubierto. En la resolución N° V-22-F de las 9:22 horas del 20 de enero de 1995, se indicó: «en sentido estricto se da el `agente provocador` cuando una persona, sea policía o actuando en nombre de ella, determina la consumación del ilícito, haciendo que otra u otras personas incurran en un delito que probablemente no se habían propuesto realizar con anterioridad, para lo cual puede infiltrarse en una organización manteniendo contacto permanente con las personas que va a inducir o bien tener simple contacto con ellas de manera ocasional. Existe provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad, y por ello se afirma que se trata de una situación del todo experimental. En nuestro ordenamiento no podría ser admisible esta posición de parte de la policía, pues su deber debe dirigirse a descubrir a los autores de hechos delictivos, pero no a realizar mecanismos para tentar a las personas a realizarlos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado con anterioridad. Las autoridades públicas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un primer delito, pero la situación es distinta cuando intervienen*

362 Resolución N° 2003-00457, op. cit.

363 Procedimiento de revisión, op. cit.

364 Textualmente, declaró *“la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha definido claramente los institutos del agente provocador y del agente encubierto”*. Sobre este tema puede consultar la Resolución N° 2004-00061 de las 9:50 horas del 6 de febrero del 2004 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sentencia N° 00801 de las 09:27 horas del 18 de setiembre del 2003 dictada por la misma Sala.

365 Más adelante en la misma sentencia se aclara que *“esta Sala [Sala Tercera] utiliza preferentemente el término de agente encubierto, en contraposición al criterio de la Sala Constitucional que se refiere al mismo fenómeno como «delito experimental»*”.

para acreditar que una persona ya se dedicaba a esa misma actividad ilícita en otras ocasiones o cuando el delito es permanente y la intervención se produce en una fase sucesiva. En realidad en sentido amplio el ‘agente encubierto’ se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal. Procurándose dos cosas básicas: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, y por otro tomar las precauciones necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto»³⁶⁶.

c) El agente encubierto puede ser un policía o un civil.

En varias sentencias los tribunales confirmaron que los agentes encubiertos pueden ser o bien agentes de la ley o bien un particular. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia afirmó, “los funcionarios o los agentes encubiertos (puede ser un particular incluso) intervienen con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita...”³⁶⁷.

El caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica es un claro ejemplo donde hubo los dos tipos de infiltraciones. Rocío Rodríguez no solo descubrió la página Web de esta agrupación, no solo decidió contactarlos bajo un pseudónimo para luego poner la denuncia correspondiente al recibir una respuesta que confirmaba la actividad delictiva sino que también continuó actuando bajo el mismo pseudónimo en coordinación

con la Fiscalía y bajo supervisión en la fase de la investigación policial. En otras palabras su colaboración y participación como agente encubierto, en la investigación aún siendo una persona civil fue clave para recaudar elementos de prueba y condenar a los imputados.

d) Los tipos de delitos que se pueden investigar recurriendo a la técnica del agente encubierto.

Para responder al argumento de los abogados de los imputados según el cual la técnica de agente encubierto solamente se debe usar en casos relacionados con drogas, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, siempre en el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, declara, “en efecto, la actuación del agente encubierto ha sido explotada mayormente en nuestro país en la investigación de delitos de drogas pero ello no implica, en modo alguno que a este delito exclusivamente se limite este medio probatorio. Por el contrario, [...] su utilización dependerá de su idoneidad o pertinencia para la labor de comprobación del hecho que se investiga como ilícito, todo a criterio de la logística del investigador. E incluso, como ya ha señalado la jurisprudencia citada, su utilidad es mayor en la investigación de delitos no convencionales, constituyendo una herramienta útil adaptable a la naturaleza y dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvuelve la actividad que interesa desentrañar”³⁶⁸. Sobre este punto específico continúa, “en realidad el agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos ilícitos por lo que su utilidad constituye una técnica de investigación necesaria para

366 Procedimiento de revisión de sentencia, op. cit.

367 Resolución N° 2001-00253 de las 10:13 horas del 2 de marzo del 2001.

368 Véase procedimiento de revisión, op. cit.

*intentar enfrentar cierto tipo de delincuencia no convencional como es el caso que nos ocupa, que se desarrolla en forma organizada empleando tecnología especializada y sofisticada*³⁶⁹.

En esta ocasión, el tribunal claramente legitimó la actuación del agente encubierto en Internet y fuera de ello, en materia de delitos relacionados con pedopornografía.

e) Las infiltraciones pueden ser físicas y electrónicas.

En el caso que nos ocupa, los dos agentes encubiertos, tanto el oficial de policía como Rocío Rodríguez, ambos bajo un pseudónimo, iniciaron la relación con los sospechosos por medio de computadoras. Por ende, podemos calificar su infiltración en la primera fase de la investigación, como una infiltración electrónica o virtual hasta que se pudo organizar un encuentro físico meses después entre el oficial de policía encubierto y los miembros de la asociación. Este aspecto de la investigación en ningún momento ha sido cuestionado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo que constituye un antecedente positivo para futuros casos de esa naturaleza. Lilliam Gómez, Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar desde enero de 1998 hasta mediados del 2005 señala que era la primera vez que dicha Fiscalía tuvo que investigar un caso donde agentes encubiertos realizaron una infiltración de esa naturaleza³⁷⁰.

2. La Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

Otros argumentos que fueron usados por los abogados de los imputados giraron en torno a la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones conocida como la ley 7425³⁷¹. Según ellos se había violado la correspondencia electrónica ya que el contenido de tal correspondencia intercambiada entre Rocío Rodríguez bajo el pseudónimo de Róger Morales, Cristian Araya Monge y Gilio Marín Rojas fue revelado por la primera a las autoridades. Por otro lado, adujeron los mismos abogados que se necesitaba una autorización judicial para verificar el proceso de obtención de correos.

Resolviendo los recursos de casación la Sala Tercera rechazó ambos reclamos a la vez que recordó que el derecho constitucional a la intimidad ampara el acceso al correo electrónico al igual que a otros medios.

Veremos a continuación tres aspectos específicos aclarados en las dos citadas sentencias además de otros puntos pertinentes en la materia que nos ocupa, relacionados con algunas disposiciones de la Ley de Secuestro, Registro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones:

a) Quien despliega su dirección electrónica en Internet toma el riesgo de que cualquiera responda bajo una identidad real o falsa y que pueda ser incluso una persona que investiga delitos.

La Sala dejó muy claro que *“debe de tomarse en cuenta, que cuando se ofrece una dirección de correos por Internet, dirigida indiscriminadamente a cualquier persona que desee tener contacto*

369 Procedimiento de revisión, op. cit.

370 Entrevista realizada el 7 de junio del 2005.

371 Vigente desde el 9 de agosto de 1994.

con otras personas, se parte del hecho de que se podrá acceder a ella en cualquier momento, desde cualquier lugar y con cualquier motivo, incluso aquel para el que originalmente se decidió poner esta dirección en la amplia red mundial denominada Internet. Desde esta última perspectiva, quien haga esto aceptó la posibilidad de que a dicha dirección pueden llegar mensajes de cualquier criterio, tema y calidad y por supuesto, correos provenientes de quienes investigan sucesos delictivos”³⁷².

Agrega además que “es el titular de la cuenta electrónica quien decide, caso por caso, si opta por responder o no a mensajes de procedencia desconocida y eventualmente, iniciar comunicación con otras personas. Con ello, voluntariamente asume el riesgo de que, por las condiciones de anonimato facilitadas por la citada Red, la persona con la que se comunique pueda ser o no, quien dice ser”³⁷³.

La misma Sala concluye que “no existió ninguna intromisión indebida por parte de las autoridades en las comunicaciones y que al establecer contacto con terceros, los miembros del grupo habían renunciado a la tutela que ellos mismos podían desplegar en su ámbito de privacidad”³⁷⁴.

En el contexto de una eventual investigación por parte de los agentes del Organismo de Investigación Judicial o de la Unidad de Investigación de Ciberdelitos del Ministerio de Seguridad, la decisión de dicha Sala sobre este punto implica que un depredador en la red de Internet arrestado en suelo costarricense a raíz de una investigación encubierta realizada por estos

agentes por un delito de explotación sexual, no podría alegar que se ha violado su derecho a la privacidad ya que al momento de entrar en los canales públicos disponibles en la Red, de buscar contacto con terceros y de contestar a estos terceros cuando lo contactaron no solo renunció a ese derecho sino también asumió el riesgo propio de que la persona no fuera quien decía ser.

b) En este caso se trata de una comunicación voluntaria entre varias personas privadas y consecuentemente cualquiera de ellas tiene el derecho de revelar a las autoridades su contenido.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia considera en su voto de junio 2003³⁷⁵ que en este caso se trataba de una comunicación voluntaria establecida entre varias personas privadas, Rocío Rodríguez bajo el pseudónimo de Róger Morales con otros dos miembros de la Asociación, y que en esas condiciones la ley prevé que el destinatario de tal correspondencia tiene el derecho y la libertad de revelar su contenido.

Sobre este punto dicha Sala mantiene esa postura y reafirma de nuevo en su voto de marzo del 2004 que en el caso concreto no se trató de una incautación de correspondencia o de documentos privados que se produce cuando el Estado a través de sus órganos judiciales vulnera la confidencialidad existente entre los sujetos, es decir que vulnera con autorización legal en los casos que procede, la intimidad de esas comunicaciones sino “por el contrario, se trata de comunicaciones voluntarias que hacen los imputados Cristian Araya Monge y Marín Rojas a

372 Resolución N° 2003-00457, op. cit.

373 Ibid.

374 Ibidem.

375 Ibidem.

Róger Morales, siendo que es el destinatario de las mencionadas comunicaciones quien, ejerciendo el derecho de receptor, las pone en conocimiento de la Fiscalía de Delitos Sexuales y ésta las aporta como prueba al proceso”³⁷⁶.

c) Un particular que durante una comunicación voluntaria revela detalles sobre actividades ilegales a otro particular toma el riesgo de que su interlocutor guarde o no el secreto.

El imputado Araya Monge voluntariamente había confesado a Róger Morales (Rocío Rodríguez) y al oficial encubierto acerca de las actividades ilícitas que perpetraba. La Sala enfatiza que existe un principio según el cual *“en todas las actividades cotidianas de comunicación entre dos o más personas, quien hace revelaciones extraprocesales y voluntarias, ante un particular respecto a un ilícito, o realiza actividades relacionadas con éste, asume el riesgo de que el interlocutor lo delate, de forma que ese conocimiento pueda aprovecharse en las investigaciones originadas o que pueda respaldar”*³⁷⁷.

d) Los términos del artículo 29 de la citada ley especial, según los que el contenido de las comunicaciones entre personas privadas acerca de una actividad ilícita que puede ser revelado voluntariamente a las autoridades, se aplican para cualquier delito que está en el Código Penal o una ley especial.

Cuando el tema de las comunicaciones gira en torno a un ilícito, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia explica que basándose en *“...el numeral 29 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e*

*Intervenciones de las Comunicaciones se extrae que el propietario de una comunicación tiene la responsabilidad de presentarla como elemento para una investigación y si así procede, esta comunicación se convertirá en un elemento probatorio que será discutido con el valor que se merece”*³⁷⁸.

La misma Sala sigue recordando que en estos casos *“el derecho de registrar comunicaciones que ostenta el destinatario no se restringe a los casos en que se investigan delitos de narcotráfico y de secuestro extorsivo”*³⁷⁹. Aclara que el mencionado artículo 29 se refiere a todos los delitos descritos y sancionados en el Código Penal o leyes penales especiales. Esto implica que las comunicaciones realizadas, sin coacción, donde se mencionan tanto los delitos tipificados en el artículo 173 (fabricación o producción de pornografía) como en el artículo 174 (difusión de pornografía) pueden ser reveladas voluntariamente a las autoridades por un interlocutor civil, tal como lo hizo Rocío Rodríguez o bien un policía encubierto.

e) Las intervenciones de comunicaciones previstas en la Ley de Secuestro, Registro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones aplican en casos de delitos de producción o fabricación de pornografía pero no en casos de difusión de pornografía infantil.

Cabe destacar que una ley adoptada en diciembre del 2001 reformó el artículo 9 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones. Antes de dicha reforma, el artículo 9 que identifica los delitos para los

376 Procedimiento de revisión, op. cit.

377 Resolución N° 2003-00457, op. cit.

378 Ibíd.

379 Ibídem.

que se debe pedir una autorización judicial para intervenir comunicaciones, restringía esta facultad solamente en casos relacionados con drogas ilegales y secuestros extorsivos.

El diputado Jorge Eduardo Sánchez Sibaja, planteó originalmente un proyecto de ley para reformar dicho artículo 9 con el fin de fortalecer los mecanismos para luchar contra la explotación sexual de las personas menores de edad. El texto original que comprendía, entre otros, los delitos de fabricación o producción de pornografía infantil sufrió cambios durante el trámite legislativo ya que se incluyeron otros delitos diferentes a los previstos originalmente³⁸⁰. Por ello a finales del 2001 se adoptó la Ley 8200, la que adicionó en la lista del artículo 9, varios delitos relacionados con la explotación sexual infantil entre los que se incluía la producción de pedopornografía tipificados en el artículo 173 del Código Penal³⁸¹. Así a partir de ese momento, las autoridades judiciales podían pedir la intervención de las comunicaciones en casos de producción de pedopornografía.

Posteriormente otra ley vino a reformular de nuevo el artículo 9, pero sin eliminar la mención de los delitos de producción y fabricación de pornografía ya contemplados³⁸². Si bien la reforma del 2001 constituyó un paso importante para otorgar más herramientas a los cuerpos encargados de investigar estos casos, debemos señalar que quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Ley 7425, los delitos relacionados con la difusión de pornografía (artículo 174 del Código Penal). Lo que significa, en otras palabras, que para casos investigados relacionados con la

difusión, el comercio, la exhibición, la distribución o la tenencia no privada de pornografía infantil, las autoridades no pueden solicitar que se intervengan judicialmente las comunicaciones. Es evidente que esta situación constituye un obstáculo para los oficiales dedicados a investigar casos relacionados con la explotación sexual de las personas menores de edad en general. De allí la urgencia de reformar de nuevo el artículo 9 de la Ley 7425 y adicionar a la lista existente el delito de difusión de pornografía infantil (artículo 174).

f) Las empresas privadas e instituciones que brindan servicios de comunicación están obligadas a proveer los medios para facilitar las intervenciones de las comunicaciones realizadas por las autoridades pertinentes.

En efecto, el artículo 20 de la Ley de Secuestro, Registro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones estipula que *“las empresas y las instituciones que brindan los servicios de comunicación están obligadas a conceder, a la autoridad judicial, todas las facilidades materiales y técnicas para que las intervenciones sean efectivas, seguras y confidenciales”*.

No cabe duda de que Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) califica como una empresa que “brinda servicios de comunicación”, ya que es una empresa pública proveedora de acceso a Internet en el país, como veremos más detalladamente en el siguiente capítulo. Por lo tanto pesa sobre ella, como sobre cualquier otra empresa que en el futuro pueda ofrecer servicios de la misma naturaleza, la obligación de

380 Véase el expediente legislativo N° 13.858, “Modificación de la Ley N° 7425, Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones”.

381 Véase la Ley N° 8200 del 10 de diciembre del 2001, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 3 del 4 de enero del 2002.

382 Ley N° 8238 del 26 de marzo del 2002.

colaborar tal y como lo dispone el artículo antes citado en caso de que se quiera intervenir las comunicaciones de uno o varios de sus clientes mediante una orden judicial.

Esta obligación tiene una gran relevancia ya que previene posibles situaciones de choque de intereses entre empresas proveedoras de acceso y de servicios en Internet quienes podrían buscar proteger los intereses de sus clientes y las autoridades judiciales, quienes buscarían comprobar conductas ilícitas por parte de algunos de esos clientes. No hay duda de que la colaboración entre las autoridades y las empresas proveedoras de servicios y acceso en Internet es vital para el éxito de las investigaciones de los ciberdelitos en general. Por lo tanto, la legislación vigente debe prever ese tipo de situaciones al proveer las herramientas necesarias a las autoridades judiciales para “forzar” la buena voluntad de los empresarios en caso de que fuera necesario.

g) El término “comunicaciones” abarca las comunicaciones electrónicas.

El artículo 9 de la ley especial que nos ocupa estipula que *“dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, los tribunales de justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de otro tipo, incluso las telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales ...”*.

Queda claro por el enunciado del artículo que el ámbito de aplicación de esta disposición es amplio. Cualquier cuenta electrónica o comunicación realizada por otro canal en Internet pueden ser intervenidas judicialmente dentro del marco de una investigación que así lo

requiere. Debemos recordar que el hecho de que se pueda intervenir todo tipo de comunicaciones es particularmente importante para los casos de pornografía infantil. Gracias a los nuevos avances tecnológicos los internautas pueden ahora conectarse directamente a Internet desde muchos lugares, incluso desde teléfonos celulares y mediante distintas modalidades, como hemos visto en el capítulo anterior.

Los ofensores sexuales tienen cada día más herramientas a su servicio para bajar imágenes de pedopornografía infantil de la Red, enviarlas e intercambiarlas. En el 2003, la policía canadiense apresó a un individuo estacionado en un carro en una vía pública, que con su computadora portátil descargaba pornografía infantil de Internet robando la frecuencia de Internet inalámbrico de unas oficinas situadas en la acera del frente³⁸³. Recordemos que en Costa Rica estas intervenciones pueden ser llevadas a cabo, solamente en casos de fabricación o producción de pornografía infantil y no en casos de difusión de pornografía infantil.

h) Definición de lo que se entiende por documentos privados.

La Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones estipula que se pueden autorizar el registro y secuestro de documentos privados para esclarecer asuntos penales. En su artículo primero determina lo que se entiende por “documentos privados” lo cual incluye *“la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales,*

383 “Police warns of Wi-Fi theft by porn downloaders” [en línea], *CTV.ca News Staff*, Canadá. Disponible en <www.ctv.ca/servlet/ArticleNews/story/ctvnews/1069439746264_64848946> [Consulta: 25 noviembre 2003].

los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizando con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo”.

Una vez más, esta definición amplia de lo que constituye documentos privados, constituye una herramienta de gran utilidad para las autoridades encargadas de investigar casos de pornografía infantil y de explotación sexual en general. En efecto, tal como hemos visto anteriormente la pornografía infantil existe en muchos formatos por lo que en casos relacionados con este tipo de delitos, cuando se realizan allanamientos se suele registrar diversos documentos tales como imágenes guardadas en formato digital o en papel, discos duros, disquetes o discos compactos que contienen materiales ilegales, archivos digitales codificados (“*encrypted*”), revistas de pornografía en papel, mensajes de correos electrónicos, libretas de direcciones de víctimas, videos tradicionales y digitales, casete de audio, etc.

C. Investigación proactiva y reactiva de los delitos de explotación sexual perpetrados en contra de la niñez en Internet.

Es un hecho que la creación de una unidad especializada en vigilar la Internet para detectar delitos relacionados con la explotación sexual contra la niñez y la adolescencia en ese medio en el seno del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública costarricense implica, entre otras cosas, que muchas de las técnicas tradicionales de investigación tengan que adaptarse a este nuevo medio que se está usando para delinquir. Pero en general, a luz de las labores de investigación tanto preventiva como judicial que podrían realizar tanto dependencias de la policía administrativa como de la policía judicial en la Red digital, surgen dudas sobre aspectos legales y de otra índole

relacionados con los métodos de investigación, que se pueden o no utilizar según los parámetros legales en vigor en el país.

Una de esas dudas está ligada a la forma en la que se puede iniciar una investigación en la red de redes. En efecto, en general los cuerpos de oficiales de policías dedicados a investigar en dicha Red, trabajan básicamente de dos formas: en forma reactiva -actúan frente a un delito en curso a raíz de una denuncia- y en forma proactiva -actúan por iniciativa propia a efecto de detectar las posibles conductas criminales que se están llevando a cabo-.

Investigar en forma reactiva para una unidad de investigación especializada en perseguir la comisión de delitos en la Red implica que los policías procederán a investigar un caso solamente a raíz de la denuncia de una persona sobre tal o cual material ilícito que se encontró en un sitio específico de dicha Red -una sala de chat, un sitio Web, etc.- En el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica, un particular, funcionaria de una organización no gubernamental tomó la iniciativa de contactar vía correo electrónico al supuesto ofensor sexual bajo un pseudónimo y las autoridades judiciales procedieron a investigar luego de que ella pusiera la denuncia ante los órganos competentes. Ese es ejemplo claro de lo que es una investigación reactiva.

En cambio, investigar en forma proactiva se refiere a que los oficiales “patrullan” o rastrean la Red digital en búsqueda de información, que les daría indicios de que se están llevando a cabo actividades ilegales relacionadas con la explotación sexual de personas menores de edad en suelo nacional o bien que estuvieran involucradas personas menores de edad nacionales fuera del territorio. Para lograr tales propósitos una de las técnicas usadas por los oficiales consiste en

actuar como un agente encubierto infiltrado en la Red haciéndose pasar o bien por un depredador sexual o bien por una persona menor de edad, es decir, una víctima potencial.

La primera pregunta importante que debemos plantearnos es ¿Permite la legislación costarricense que un oficial de policía actúe como un agente encubierto en la Red haciéndose pasar por un supuesto ofensor sexual de personas menores de edad en el marco tanto de una labor de vigilancia preventiva de la Red en forma proactiva (por iniciativa propia) como de una labor de investigación reactiva?

A la luz de la jurisprudencia establecida por los tribunales en el caso de la Asociación de Pedófilos Anónimos de Costa Rica y de la legislación existente, hay indicios de que se puede responder en forma positiva cuando se trata de una investigación reactiva. En efecto, mencionamos que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en este caso, avaló el hecho de que:

- Un agente encubierto pudiera investigar delitos relacionados con pornografía infantil; y
- Un agente encubierto pudiera infiltrarse en la red de redes.

La misma Sala no objetó el hecho de que el agente infiltrado se hiciera pasar por otro depredador y determinó que:

- Cuando los depredadores sexuales tratan de contactar a otros depredadores en la Red asumen el riesgo de que cualquiera que responda a estos mensajes sea o no sea quien dice ser; y que
- Como en cualquier caso donde se utiliza la técnica

del agente encubierto, en tanto este haciéndose pasar por otro depredador no se convierta en un agente provocador, su acción es legítima.

Pero ¿Qué pasaría en casos de una investigación proactiva, es decir si nos enmarcamos dentro de las labores de vigilancia preventiva realizadas en un entorno digital? Somos del criterio de que este tipo de labores de vigilancia de la Red por iniciativa propia, realizadas por parte de los funcionarios de la Unidad de Delitos Cibernéticos del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, se debería assimilar a las labores de vigilancia propias de la función policial administrativa que se realizan fuera del ámbito de la Red. En otras palabras, creemos que de igual modo que las normas del ordenamiento jurídico costarricense³⁸⁴ facultan los policías para patrullar un barrio en búsqueda de la comisión de posibles delitos, para una vez detectada su ejecución *in fraganti* o detectados indicios de que su ejecución está en curso, y aunque no haya denuncia interpuesta, en los casos de delitos de acción pública encausar el asunto a las autoridades judiciales correspondientes, esas normas también permiten a los ciberpolicías patrullar el espacio cibernético. Los parámetros legales en vigencia le permiten a los diferentes cuerpos policiales adscritos al Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública “atender, dentro de su jurisdicción, por denuncia o iniciativa propia, aquellos actos que pudieran configurar delitos conforme al ordenamiento jurídico [...]”³⁸⁵ lo que, a nuestro criterio debería aplicarse no solamente para los delitos cometidos en el espacio físico sino también para los que se cometen en-línea.

384 Véase, por ejemplo, los artículos 2 y 5 así como el inciso c) del artículo 7 del *Reglamento de Organización de los Cuerpos Policiales Adscritos al Ministerio de Seguridad Pública, Ley General de Policía*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª ed., San José, Costa Rica, 2003, pp.132-134.

385 Artículo 5, ibíd.

Recordamos que en el contexto costarricense, el agente que realiza una labor de vigilancia preventiva tiene la obligación de informar la Fiscalía si encuentra indicios de que se está cometiendo un delito, para que ésta decida si se sigue adelante con la investigación, como hacerlo y a que dependencia policial le competirá proceder con esa labor de investigación.

La segunda pregunta clave es si ese agente infiltrado en lugar de adoptar la identidad falsa de un depredador sexual, puede hacerse pasar por una persona menor de edad, que asumiría el papel de una víctima potencial y esperaría ser contactado por un ofensor sexual. Al respecto, la Fiscal Lilliam Gómez es de la opinión de que no parece haber impedimento jurídico para que tanto en el ejercicio de las labores de vigilancia preventiva o como de una investigación judicial, un agente encubierto pueda asumir tal identidad falsa, con la condición expresa de que tal actuación no se convierta en la de un agente provocador³⁸⁶. Cabe destacar que otro parámetro a tomar en cuenta es que el agente encubierto como supuesta persona menor de edad debe actuar de tal modo que el delito que está cometiendo el perpetrador no pueda ser calificado posteriormente como un delito imposible haciendo así perder toda la labor de investigación desarrollada.

En el sistema jurídico estadounidense existe una figura que se llama “*entrapment*”³⁸⁷, que se asimila a la figura del agente provocador en Costa Rica la que hemos discutido ampliamente en el capítulo anterior. Pese a ello, las autoridades policiales y judiciales logran investigar estos casos de explotación sexual en la Red en forma proactiva y reactiva, usando una serie de técnicas para evitar convertirse en agente provocador, lo que les permite tener cierta flexibilidad y un margen de maniobra amplio para perseguir eficientemente a los depredadores sexuales³⁸⁸. En Francia, un artículo en un proyecto de ley presentado al inicio del 2005 pretende permitir a los policías especializados, patrullar en la Red cibernética haciéndose pasar por personas menores de edad o adultos como agentes encubiertos³⁸⁹. De igual modo, la legislación británica permite que los agentes de policía de este país puedan investigar estos crímenes en línea también en forma encubierta³⁹⁰.

Sobre el tema de los agentes encubiertos en la red de redes, Agnès Fournier de Saint Maur, funcionaria de INTERPOL en ese momento, afirmó, refiriéndose específicamente a la explotación sexual en Internet, que “*técnicas de investigaciones más proactivas que reactivas tales como las técnicas de infiltración utilizadas*

386 Entrevista realizada el 7 de junio del 2005.

387 En la legislación penal norteamericana se considera que una persona es “*entrapped*” cuando ha sido inducida o persuadida por un agente de las fuerzas de seguridad para cometer un delito que, en primera instancia, no tenía la intención de perpetrar. Para mayor información sobre esta figura jurídica puede consultar la siguiente dirección <<http://lawcrawler.findlaw.com/scripts/lc.pl?entry=entrapment&sites=wlegal>>.

388 Refiriéndose al tema del “*entrapment*”, el teniente Bill Walsh explicó que en los Estados Unidos, en este tipo de casos, los policías deben comprobar con los elementos de la investigación que, con o sin su intervención, la persona arrestada hubiera cometido el delito “*de todos modos*”. Véase la ponencia de Walsh de la División de Jóvenes y Crímenes Familiares del Departamento de Policía de Dallas en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, op. cit.

389 Véase BRETON, Thierry, *Chantier sur la lutte contre la cybercriminalité, rapport présenté à Monsieur le Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locale*, [en línea], 25 février 2005. Disponible en <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000263/index.shtml>> [Consulta: 15 febrero 2005]. y “*Le gouvernement voudrait renforcer la lutte contre la criminalité sur internet*”, periódico *Le Monde*, Francia, 15 de abril del 2005.

390 Véase “*Net Closes on Paedophiles*”, periódico *The Observer*, United Kingdom, 17 de agosto del 2003.

para identificar y perseguir los criminales, ofrecen garantías adicionales de eficiencia. Estas técnicas de investigación deben ser ampliamente utilizadas de tal modo que las actuales disparidades existentes a ese nivel no impidan el éxito de las operaciones policiales. La Internet debe ser objeto de una vigilancia cuidadosa y razonable de tal modo que se logre proteger a nuestros niños sin afectar los derechos a la libertad de información y de comunicación”³⁹¹.

En el contexto costarricense, la Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos sexuales y la Violencia Intrafamiliar desde enero de 1998 hasta mediados del 2005, Lilliam Gómez, comparte este criterio al afirmar, *“en cuanto a las denuncias, los fiscales y policías no debemos de esperar a que las mismas lleguen a los escritorios; Se debe actuar de*

oficio, revisando revistas donde se promueven el turismo, anuncios clasificados de los periódicos, navegar en Internet, etc.”³⁹².

Como hemos visto, algunos de los aspectos planteados quedan sin respuestas claras debido a los vacíos o imprecisiones de la legislación existente y a lo nuevo del tema. En este escenario resulta de vital importancia definir con claridad un marco legal claro y transparente que permita el ejercicio de labores de control social por parte de la policía en un ambiente digital en total apego al estado de derecho. Será además tarea de la doctrina y de los tribunales aclarar y resolver algunas de estas dudas y de ello en gran parte dependerá el éxito del trabajo realizado tanto por la policía administrativa como la policía judicial en la medida en que permitirá determinar cuáles son las facultades de investigación de los agentes.

391 FOURNIER de SAINT MAUR, op. cit. Traducción de la autora.

392 GÓMEZ MORA, op. cit., p.33.

CAPÍTULO V

La responsabilidad civil y penal de los proveedores de acceso y servicios de internet por contenidos ajenos ilícitos.

Los participantes al primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil (1996) afirmaron en el plan de acción que elaboraron y con el que acordaron comprometerse, que era necesario, entre otras cosas, reformar o reforzar las legislaciones nacionales para establecer el régimen de responsabilidad penal para los operadores de la red de Internet en casos de explotación sexual comercial de la niñez³⁹³.

Dicho esto, *“a diferencia de lo que sucede en una conexión telefónica, que establece una comunicación directa entre el punto de origen y destino, sin intermediarios, la conexión en las redes telemáticas utiliza un sistema de fragmentación o conmutación en paquetes de información (Kbytes) que son tratados individualmente y procesados en lo que se denominan nodos de transmisión o routers. Esta diferencia entre la conexión telefónica y la telemática, lejos de constituir una anécdota de carácter exclusivamente técnico, desempeña un rol esencial en la materia objeto de análisis [la responsabilidad penal de los prestadores de servicios e acceso a Internet en la sociedad de la información]. El hecho de que la información deba discurrir, [...], por diversos nodos en los que el tráfico de información, los paquetes en los que se fragmenta el contenido de lo comunicado, es almacenado y procesado*

*constituye la fuente de los interrogantes sobre el grado de responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso de comunicación”*³⁹⁴.

En el contexto señalado por la cita anterior y tal como se destaca, surge una pregunta clave ¿son responsables ante la ley esos intervinientes que prestan sus servicios por transmitir o alojar contenidos ajenos ilícitos en sus servidores? El presente capítulo intentará aportar elementos para responder a tal pregunta.

La importancia de esta interrogante radica principalmente en el impacto económico que podrían tener para los intermediarios en Internet, posibles demandas civiles y penales que podrían enfrentar por los contenidos ilegales alojados en sus servidores o transmitidos a través de ellos, ilegalidad derivada del hecho de que dichos contenidos podrían violar determinadas normas penales, por ejemplo, relativas a los derechos de autor, la difamación, la difusión de pornografía infantil y la apología del terrorismo.

En el preámbulo de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información³⁹⁵, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior³⁹⁶

393 Véase inciso b) del apartado 4 de la Agenda de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil, 1996.

394 MORALES GARCÍA, op. cit., pp. 177-178.

395 Sobre el significado del término “servicios de la sociedad de la información” véase PEGUERAPOCH, Miguel, “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, op. cit., nota al pie de página núm. 3, p. 26.

396 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio del 2000 (DOCE, núm. 178, de 17 de julio del 2000) del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico), [en línea]. Disponible en <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>> De ahora en adelante “Directiva sobre el Comercio Electrónico” [Consulta: 12 setiembre 2005].

conocida como la Directiva sobre el Comercio Electrónico, se señala la disparidad existente, en el momento que fue redactada la Directiva, entre las legislaciones y la jurisprudencia de los países miembros de la Unión Europea, en el campo de la responsabilidad de los proveedores de acceso y servicios en Internet y el impacto que este hecho tenía y podría tener a futuro sobre el funcionamiento del mercado interior europeo³⁹⁷. Situación que la misma Directiva, de acatamiento obligatorio, intentaba remediar al dictar una serie de normas estándar en la materia para todos los países miembros.

Siempre en el contexto europeo, en los últimos años se ha iniciado un proceso de elaboración de un cuerpo de normas, en cada uno de los países miembros, que regulan aspectos fundamentales relacionados con la sociedad de la información, y que incluyen la responsabilidad de los proveedores de acceso y de servicios en Internet. Una de las implicaciones de este proceso de adecuación de la legislación ante el desarrollo de las nuevas tecnologías, que tienen un impacto en todos los ámbitos de nuestras vidas, ha sido un intenso debate sobre *“la necesidad de la intervención del Derecho Penal en un sector emergente y de apariencia caótica”*³⁹⁸.

En ese contexto, específicamente sobre el tema de los proveedores de Internet y de su papel en esa sociedad de la información, de nuevo el profesor Morales García apunta que *“la incertidumbre que genera la expansión de Internet como medio aún cargado de un cierto grado de anarquía en su gestión, se proyecta igualmente sobre el papel que desempeñan los distintos ope-*

*radores de la Red”*³⁹⁹ y destaca la importancia de definir reglas claras y coherentes en cuanto al régimen de responsabilidad de dichos operadores para evitar toda situación que podría provocar incertidumbre jurídica, lo que sería perjudicial para todos los actores involucrados, incluso para los mismos consumidores implicados en operaciones de índole comercial⁴⁰⁰.

Antes de seguir adelante, es preciso definir a qué nos referimos con exactitud cuando utilizamos los términos de operadores de la red Internet. En efecto, dentro de este grupo de operadores existen varias categorías de empresas que desempeñan diferentes tipos de servicios. Para efectos de este capítulo, nos apegaremos a la tipología empleada en la citada Directiva europea sobre el Comercio Electrónico, que contempla básicamente dos grandes grupos de operadores; los proveedores de acceso a Internet (*access providers*) y los proveedores de servicios en Internet (*service providers*).

*“Por proveedor de acceso debe entenderse el operador técnico que únicamente facilita al cliente la conexión a un entorno de red. Dicha conexión puede ser en red local (LAN o Local Area Network), o a través de servicios telefónicos (analógica o digitalmente -RSDI). En ocasiones el proveedor de acceso ofrece, además, determinados servicios (alojamiento de páginas en formato Web, grupos de noticias (newsgroups) propios, correo electrónico, etc.) En tal caso asume la doble condición de proveedor de acceso y de servicios”*⁴⁰¹.

Asimismo, *“el proveedor de servicios es aquel que además de facilitar (en su caso) el*

397 Directiva 2000/31/CE, op. cit., considerando que... número 40,

398 MORALES GARCÍA, op. cit., pp. 168-169.

399 Ibid., p. 172.

400 Ibidem.

401 MORALES GARCÍA, op. cit., nota al pie número 19, p. 174.

acceso al entorno de red, ofrece contenidos propios o crea los medios para que los contenidos ajenos puedan ser accesibles al resto de la comunidad. Dicha infraestructura puede consistir en alojamiento de páginas en formato hipertextual (sistema Web), grupos de noticias propios -conocidos como news en entorno usenet-, creación de cuentas de correo electrónico individuales, etc. Normalmente la canalización de esta oferta se efectúa a través de un ordenador o conjunto de ellos denominado servidor”⁴⁰².

Se utiliza la expresión de responsabilidad por contenidos ajenos, para referirse a situaciones donde los contenidos a los cuales se alude son ajenos a los proveedores en la medida en que estos no son los que han tomado la iniciativa de colgarlos en su servidor -esa prestación se dio a raíz de una solicitud de un cliente- que está a la disposición de cualquier internauta. Estos contenidos de terceros calificados de “ajenos” pueden ser legales o ilegales. Por supuesto que el tema de la responsabilidad de los operadores de la red de Internet es relevante respecto a contenidos que son ilegales. En muchos países, la pornografía infantil⁴⁰³, la propaganda racista y difamatoria, la apología de la violencia y del terrorismo entre otros, son considerados como delitos según la legislación vigente en cada uno de ellos.

Nos apegaremos a analizar aspectos relacionados con la responsabilidad civil y de tipo penal. En relación con la materia que nos ocupa, la responsabilidad civil se refiere a los daños y perjuicios que los proveedores de acceso y servicios en Internet podrían haber contribuido a provocar mientras transmitieron, almacenaron o proporcionaron acceso a contenidos de terceros (ajenos)

ilegales, es decir mientras actuaban como intermediarios al desempeñar sus funciones como operadores en la red de Internet. Responsabilidad por la que podrían ser condenados a pagar indemnizaciones a las personas afectadas en sus derechos si así lo decidiera un tribunal.

En cuanto a la responsabilidad penal, en el contexto de este capítulo, no referimos a la que podrían enfrentar dichos proveedores, en caso de que la legislación nacional vigente lo permitiera, por considerar que al proveer acceso a contenidos de terceros (ajenos) ilegales, transmitirlos o almacenarlos, prestaciones que son propias de sus actividades comerciales, cometieron algún acto delictivo.

A continuación, presentaremos ejemplos de normas extranjeras en materia de responsabilidad de los proveedores de acceso y servicios en Internet en casos de contenidos ajenos ilícitos para luego examinar el marco jurídico costarricense al respecto.

A. Ejemplos de regímenes legales acerca de la responsabilidad de las empresas que prestan acceso y servicios en Internet por contenidos ajenos ilícitos.

Examinaremos las normas europeas vigentes y luego el régimen que rige en los Estados Unidos en esa materia.

1. La normativa europea.

Tal como se ha señalado, el origen del debate sobre la responsabilidad en lo penal y en lo civil de los proveedores de Internet, se sitúa en los Estados Unidos cuando dos grandes *lobby* hicieron presión sobre el Congreso de ese país, cada uno

402 MORALES GARCÍA, op. cit.

403 Según la legislación vigente, hasta la pornografía adulta o algunas de sus formas más extremas, puede ser considerada como un contenido ilegal.

para defender sus intereses particulares. Se trataba por un lado del sector que agrupa empresas que producían contenidos protegidos por los derechos de autor (discos, películas, libros, etc.) y por el otro, del sector de empresas que otorgaba servicios en Internet ofreciendo la posibilidad de difundir estos materiales en la red de redes. El último grupo se negaba a pagar los daños por posibles violaciones a los derechos de autor ante la perspectiva de enfrentar demandas por haber alojado en sus servidores o difundido contenidos protegidos a petición de terceros⁴⁰⁴.

El legislador europeo se inspiró en la legislación estadounidense en la materia, sin embargo no se restringió únicamente a aspectos relacionados con los derechos de autor, como veremos a continuación.

Nos referimos con anterioridad a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior conocida también como la Directiva sobre el Comercio Electrónico⁴⁰⁵. Este instrumento establece un marco de normas legales con el fin de impulsar el desarrollo de los servicios de la llamada sociedad de la información en el mercado interior europeo. En un esfuerzo de armonización en la materia, esas normas regulan aspectos tales como las informaciones que los proveedores de servicios y de acceso deben dar a los

usuarios (por ejemplo la dirección, dónde contactarlos, etc.), los contratos electrónicos, las comunicaciones comerciales y por supuesto, la limitación de la responsabilidad de estos actores en Internet. En el considerando número 41 de la Directiva se afirma que esta “...logra un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y establece principios sobre los que pueden basarse acuerdos y normas industriales”⁴⁰⁶.

Es importante aclarar que la Directiva alude a la responsabilidad civil y penal únicamente para cualquier contenido ilegal proveniente de terceros, esto es para cualquier contenido ajeno. El hecho de que ese instrumento se refiera al régimen de responsabilidad específicamente respecto a contenidos ajenos constituye un aspecto relevante tal como se ha señalado, “la exención se funda en que el prestador del servicio de intermediación no ha tenido parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los concretos contenidos ilícitos y potencialmente dañinos”⁴⁰⁷.

Asimismo, en su primer informe acerca de la aplicación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, la Comisión Europea afirmaba que “las limitaciones acerca del régimen de responsabilidad [de los proveedores de acceso y servicios en Internet] establecidas por la Directiva, han sido establecidas en forma horizontal, es decir que cubren la responsabilidad, civil y penal, para todo tipo de actividad criminal iniciada por terceras partes”⁴⁰⁸. Dicho de otro modo, la Directiva sobre

404 Para mayores detalles sobre este tema véase PEGUERA POCH, op. cit., pp. 31-32.

405 Sobre como se definen los “servicios de la sociedad de la información” véase los considerandos número 17 y 18 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, op. cit.

406 Directiva sobre el Comercio Electrónico, op. cit.

407 Véase PEGUERA POCH, op. cit, p. 27.

408 Véase el informe de la Comisión Europea, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)*, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, Bruselas, 21.11.2003. COM(2003) 702 final, p. 12. Traducción de la autora.

el Comercio Electrónico determina un régimen de responsabilidad para un rango amplio de actividades ilegales, tales como la difamación, la pornografía infantil, la publicidad engañosa o la violación de marcas registradas y no solo en casos de violación de la propiedad intelectual, como bien lo señala el profesor Peguera Poch⁴⁰⁹.

Algunos plantean que dicha Directiva no define cuál es el régimen general de responsabilidades en lo penal y lo civil de los proveedores de acceso y de servicios en Internet, sino que más bien establece “*parcelas de impunidad*”⁴¹⁰ para que estos y los demás actores de la sociedad de la información puedan desempeñar su papel adecuadamente.

Recordemos que el régimen de responsabilidad establecido en la Directiva varía según el tipo de servicios prestados por los proveedores y no según el tipo de proveedores. En efecto, la Directiva distinguió las siguientes categorías de servicios:

- El acceso a la Red;
- La mera transmisión (*mere conduit*) de datos;
- El alojamiento de datos (*hosting*);
- El almacenamiento temporal de datos o memoria tampón (*caching*).

A continuación detallaremos algunos principios rectores establecidos por la Directiva sobre el Comercio Electrónico relevante en la materia que nos interesa:

a) No pesa sobre los proveedores de acceso y servicios en Internet una obligación general de supervisión de los contenidos que transmiten o almacenan.

La tendencia en Europa es considerar que el hecho de que los proveedores sirvan de conducto no basta para establecer su responsabilidad, es decir que no pesa sobre ellos una obligación general de monitorear los contenidos alojados y transmitidos, lo que les permite evadir una eventual responsabilidad criminal o de otra índole.

Este principio ha sido plasmado en el artículo 15.1 que dispone:

“1) Los Estados miembros no impondrán a los prestadores una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14 [mera transmisión, memoria tampón y alojamiento de datos]”.

b) Se establece una exención de responsabilidad civil y penal para los proveedores de servicios de acceso y de mera transmisión (*mere conduit*) de datos.

Ya en 1998 el autor del conocido estudio europeo llamado *COMCRIME Study* destacaba esta tendencia al analizar las legislaciones existentes en la región europea para ese entonces en materia de responsabilidades de los operadores de Internet y comentaba que “*en relación con los proveedores de acceso, está prácticamente acordado que no deberían ser considerados responsables por los contenidos a los que proveen acceso y transportan a través de sus sistemas de computo*”⁴¹¹.

409 Véase PEGUERA POCH, op. cit., p. 32, en especial nota al pie de página núm. 11.

410 Véase MORALES GARCÍA, op. cit., p. 186.

411 SIEBER, Ulrich, *Legal Aspects of Computer-related Crime in the Information Society – COMCRIME- Study* - [en línea], preparado para la Comisión Europea, Version 1.0 of 1st January 1998, p. 95. Disponible en <<http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/comcrime/sieber.doc>> [Consulta: 8 setiembre 2005]. Traducción de la autora.

Según los términos del artículo 12 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico para que esta exención sea válida en caso de servicios de mera transmisión y de provisión de acceso a Internet se tienen que cumplir tres condiciones:

- a. El prestador no debe haber originado la transmisión, es decir que los datos deben haber sido transmitidos a iniciativa del cliente que suministra los datos;
- b. El prestador no puede haber seleccionado al cliente que solicita la transmisión de los datos;
- c. El prestador no debe haber modificado ni seleccionado los datos transmitidos. Es decir que la exención de responsabilidad queda sin efecto en caso de que el prestador implicado haya alterado los contenidos con la complicidad de los beneficiarios del servicio, los cuales son los que solicitaron que se transmitieran los contenidos ilegales.

Como bien se ha señalado, cuando se trata de acceso y de transmisión de datos *“la actuación del intermediario [proveedor] es meramente pasiva y automática”*⁴¹². Finalmente, cabe poner de relieve que el hecho de que el prestador tenga o no conocimiento del carácter ilícito de los contenidos no es relevante.

c) No pesa ninguna responsabilidad sobre el proveedor por almacenamiento de datos ilegales en memoria temporal (caching).

El *“denominado almacenamiento en memoria tampón o caching es una herramienta esencial para reducir las congestiones de tráfico en la red y la lentitud de carga de las páginas Web. En síntesis consiste en acercar los contenidos al usuario*

*final. De este modo, cuando el cliente solicite ver una determinada página, el proveedor hace una copia de la misma y la almacena en su memoria cache. En particular, el proveedor estará interesado en copiar en caching las páginas que sus clientes solicitan con mayor frecuencia y en especial si se hallan alojadas en servidores geográficamente lejanos. Así cuando sus clientes soliciten de nuevo ver la página, el proveedor no precisará ir a buscar los datos al lugar de alojamiento original, sino que podrá mostrar directamente la copia almacenada en la memoria cache, optimizando así el ancho de banda con que opera”*⁴¹³.

El artículo 13 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico establece que los prestadores no podrán enfrentar ningún tipo de responsabilidad por almacenar en forma automática y provisional (memoria tampón), datos ajenos ilegales siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el prestador no haya modificado la información;
- Que el prestador haya cumplido con las condiciones de acceso a la información⁴¹⁴;
- Que el prestador haya cumplido con las reglas relativas a la actualización de la información. Esto permite evitar que la copia en memoria cache sea distinta de la información original en caso de que esta última sea actualizada o modificada;
- Que el prestador no haya interferido con la utilización lícita de tecnología para obtener datos sobre el uso que se ha hecho de la información copiada que se está almacenando. Esta condición se refiere aquí a prácticas aceptadas que permiten a los administradores o dueños de los sitios originales solicitar a los

412 PEGUERA POCH, op. cit., p. 43.

413 Ibid., pp. 50-51.

414 Esto significa que las mismas condiciones que se exigen para acceder al sitio original, por ejemplo mediante el uso de una clave o de un pago, debe aplicarse para acceder a la información almacenada en memoria cache.

que realizan este tipo de copias, información acerca de cuántas personas han consultado sus sitios y otro tipo de datos disponibles;

- Que el prestador actúe con celeridad para bloquear el acceso a la información copiada temporalmente que almacena o eliminarla cuando llega a tener “*conocimiento efectivo*” del hecho de que el acceso a dicha información ha sido bloqueado o bien que ha sido eliminada de su sitio original o que una orden proveniente de una corte o de una autoridad administrativa ha sido emitida para tales efectos.

d) En casos de prestaciones de servicios de alojamiento de datos el régimen de responsabilidades es más estricto para los operadores.

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos no podrán ser obligados por los tribunales de los países miembros a pagar una indemnización por los daños que su actividad haya contribuido a ocasionar y no tendrán que enfrentar responsabilidad penal siempre y cuando las siguientes condiciones se cumplan según los términos del artículo 14 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico:

- No tenían el “*conocimiento efectivo*”⁴¹⁵ de la ilegalidad de la actividad o de la información y para efectos de una eventual indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad civil), “*no tenían conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*”⁴¹⁶; o
- Actuaron con celeridad para eliminar o bloquear el acceso a tal información cuando

tuvieron conocimiento de la ilegalidad de los contenidos o de las actividades.

Contrario sensu, el prestador podrá enfrentar responsabilidad si tuviera conocimiento del carácter ilícito de la información o de la actividad y no actuara con velocidad para bloquear o eliminar dicha información.

Según el profesor Peguera Poch, el artículo 14.1 implica que aunque la Directiva sobre el Comercio Electrónico establece claramente que no pesa sobre ningún prestador en Internet una obligación general de supervisión en su artículo 15.1, como ya hemos avanzado, los prestadores que alojan datos de terceros, sí tienen una “*obligación de supervisión en casos específicos*”⁴¹⁷ y un “*deber de diligencia [...] a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales*”⁴¹⁸. Esta interpretación es derivada en parte respectivamente del texto de los considerandos 47 y 48 de dicha Directiva⁴¹⁹.

e) Obligación de los prestadores de impedir el acceso a los contenidos ilícitos o de retirarlos cuando se emite una orden judicial o administrativa.

Los artículos 12 (mera transmisión) y 13 (memoria tampón) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico respectivamente establecen que los regímenes de exención por ellos definidos no excluyen la posibilidad de que “*un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin*

415 La Directiva sobre el Comercio Electrónico no define lo que se debe entender por “conocimiento efectivo”. Consecuentemente, será responsabilidad de cada Estado miembro aclarar este aspecto.

416 Artículo 14.1 a), Directiva sobre el Comercio Electrónico, op. cit.

417 Considerando número 47, Directiva sobre el Comercio Electrónico, ibíd.

418 Considerando número 48, ibídem.

419 Sobre el significado de los conceptos de obligaciones generales de supervisión y obligaciones específicas, sus matices y consecuencias en la materia legislada por la Directiva sobre el Comercio Electrónico, véase PEGUERA POCH, op. cit., pp. 59-62.

a una infracción o impedirlo⁴²⁰. De igual modo dispone el apartado 3 del artículo 14 relativo a la responsabilidad de los prestadores que alojan datos agregando además que tampoco se excluye *“la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos”*.

Dicho de otro modo, el régimen de exención definido por la Directiva sobre el Comercio Electrónico no es una licencia que otorga completa libertad al prestador para dar acceso o transmitir cualquier contenido ya que siempre estará sometido a la jurisdicción de las correspondientes autoridades administrativas o judiciales que podrían ordenarle interrumpir el acceso a contenidos litigiosos, dejar de transmitirlos y hasta impedirlos cuando lo juzgaran conveniente.

f) Posibilidad para los Estados miembros de imponer a los prestadores deberes de información a las autoridades nacionales competentes.

El artículo 15 (inexistencia de obligación de supervisión general) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico en su apartado 2 también establece que los Estados miembros podrán establecer obligaciones para que los prestadores *“comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento”*.

La Oficina de Policía Europea enfatiza la importancia de semejante norma para obligar a los prestadores de acceso y servicios a cooperar en casos de investigaciones criminales⁴²¹.

Cabe mencionar que la legislación francesa, en el cumplimiento de esta disposición, impone la obligación a los proveedores franceses de acceso y servicios en Internet de informar con prontitud a las autoridades públicas competentes de todas las actividades ilícitas, pornografía infantil incluida, que les sean señaladas y que sean llevadas a cabo por sus usuarios⁴²².

A manera de conclusión, por un lado, queremos señalar que las disposiciones de las directivas europeas deben ser incorporadas en los ordenamientos nacionales de cada uno de los Países miembros de la Unión Europea. Específicamente, en relación con la Directiva sobre el Comercio Electrónico, Francia y España, respectivamente mediante la adopción de la *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*⁴²³ (2004) y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico⁴²⁴ (2002) cumplieron con esa obligación. Por el otro, cabe poner de relieve que el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el que hemos comentado extensivamente con anterioridad, si bien se refiere al tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, no tiene provisiones específicas de establecer parámetros para un régimen de responsabilidad de los proveedores de acceso y servicios en Internet en casos de contenidos ajenos ilícitos. En efecto, su artículo 12 determina cuáles son las condiciones para

420 Respectivamente en sus apartados 2 y 3.

421 Informe EUROPOL, “Child Pornography Legislation within the European Union”, op. cit., pp. 19-20.

422 Véase el artículo 6, inciso 7), *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

423 *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004*, op. cit.

424 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE) de 11 de julio del 2002 (BOE núm. 16 de 12 de julio).

que se establezca la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de que una persona física a cargo de su dirección hubiera cometido uno de los delitos penales enlistados en el Convenio, los que incluyen pornografía infantil, con el objetivo de beneficiar a la persona jurídica. Asimismo, el mismo artículo contempla la responsabilidad de las personas jurídicas cuando la persona física que cometió una de las ofensas identificadas en el Convenio es uno de sus empleados o agentes⁴²⁵.

2. La legislación federal en los Estados Unidos.

En su informe anual nacional del 2005 al Relator Especial sobre la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, las autoridades estadounidenses reportaron que *“en 1996, el número de los Proveedores de Servicios en Internet (ISPs) era relativamente pequeño. Hoy en día, en contraste con la situación que se daba en esa época, hay aproximadamente 8700 Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) a nivel nacional, los cuales varían en tamaño que va desde una persona hasta grandes organizaciones tales como America Online y Earthlink”*⁴²⁶.

La *Communications Decency Act* (CDA) es un capítulo de una ley más amplia llamada la *Telecommunications Act* (1996) y constituyó el primer intento de las autoridades norteamericanas federales por regular la Internet y la televisión por

cable. Internet fue sometido a una legislación incipiente para ese entonces. Desde una perspectiva histórica esta situación tenía sentido dado que no fue sino hasta la década de los años noventa que fuimos testigos del auge gradual de Internet a través de su masificación y de su apertura a usos comerciales.

Esta *Communications Decency Act* (CDA) tenía dos objetivos principales. El primero fue regular el acceso de las personas menores de edad a materiales obscenos e indecentes en Internet en un contexto marcado por el inicio de la explosión de este tipo de materiales en el ciberespacio. El segundo fue establecer una exención de responsabilidad civil para los proveedores de Internet (ISPs) por los contenidos que les eran remitidos por terceras personas (contenidos ajenos)⁴²⁷.

Si bien dos disposiciones de esa ley relativas al acceso de personas menores de edad a materiales indecentes fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1997, las disposiciones relativas al régimen de responsabilidad de los operadores de Internet siguen vigentes hoy en día⁴²⁸.

Según la sección 230 inciso (c) (1) de dicha ley, los proveedores de acceso y servicios en Internet no deben de ser considerados como editores (*publishers*), es decir no deben ser

425 Para mayores detalles sobre este tema véase el informe explicativo (*Explanatory Report*) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, op. cit., pp. 21-22.

426 Información extraída de <[http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/US Gov.doc](http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/US_Gov.doc)> [Consulta: 18 agosto 2005]. Traducción de la autora.

427 Adicionalmente, una porción del *Digital Millennium Copyright Act* (1998) conocido como el DMCA regula la responsabilidad de los ISPs en casos de violación de los derechos de autor.

428 En efecto, en la primera decisión importante de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa a la reglamentación de materiales distribuidos en Internet, dos disposiciones relativas a la regulación del acceso en Internet por personas menores de edad a materiales indecentes fueron declaradas inconstitucionales dado que según dicha Corte eran violatorias de la primera enmienda (libertad de expresión) de la Constitución por ser demasiado amplias. Para mayores detalles véase June 26, 1997, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S 844.

responsables en lo civil por las faltas cometidas por terceros (personas ajenas) que usan sus servicios⁴²⁹. Esta sección ha sido interpretada por numerosas decisiones judiciales como que otorga una amplia inmunidad a dichos operadores de la Red, por las faltas que cometen sus clientes cuando los usan como canales para transmitir o alojar contenidos⁴³⁰.

Cabe resaltar que según el inciso (e) (1) y (2) de la sección 230, tanto los delitos federales contra la propiedad intelectual como los que impliquen algún grado de responsabilidad penal no son cubiertos por esa exención. Lo que significa que un proveedor de acceso y servicios en Internet puede ser declarado penalmente responsable si una corte lo encontrase culpable de haber cometido un delito penal federal, que incluye los delitos relacionados con la explotación sexual de las personas menores de edad.

Adicionalmente, la legislación federal en los Estados Unidos impone a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la obligación de reportar la pedopornografía. En efecto, según dicha legislación estos operadores, cuando llegan a tener conocimiento de hechos o circunstancias que aparentemente implican una violación de las normas del Código Federal (*US Code*) relacionadas con la prohibición de la pedopornografía, deben reportarlos a la línea nacional (*hotline*) *Cyber Tip Line* administrada

por el *National Center for Missing and Exploited Children*, el que a su vez, según el enunciado del mismo artículo, deberá remitir el caso a las autoridades⁴³¹. Asimismo, en caso de no cumplir con ese deber, el proveedor podrá ser multado con una suma máxima de 50.000 dólares americanos si es la primera vez que irrespete esta disposición y máxima de 100.000 dólares americanos en caso de que sea un comportamiento reincidente⁴³². Cabe poner de relieve que el mismo artículo en su inciso e) recalca que esta obligación de reportar no implica que los proveedores tengan una obligación general de monitoreo de las comunicaciones de sus usuarios⁴³³.

B. La legislación costarricense en la materia⁴³⁴.

1. La concesión legislativa para explotar las telecomunicaciones.

El artículo 121 de la Constitución de la República estipula que los particulares o la administración pública solo podrán explotar los servicios inalámbricos⁴³⁵ mediante una ley o mediante una concesión especial que otorgará la Asamblea Legislativa. Hasta la fecha, Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) “*son las únicas entidades en Costa Rica que cuentan con la debida concesión legislativa para explotar en el país todos los servicios de*

429 El texto original de la sección 230 c) dispone que “*no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”.

430 Véase Title 42, section 13032 US Code.

431 *Ibíd.*

432 *Ibíd.*, inciso 3),

433 *Ibíd.*

434 Una parte de la información proporcionada en esta sección ha sido recopilada mediante entrevistas respectivamente con Erick Cordero, asesor legal de Radiográfica Costarricense S.A. y con Mario Estrada, director de mercadeo de Radiográfica Costarricense S.A., realizadas el 12 de diciembre del 2005.

435 Un servicio de acceso a Internet implica el uso del espectro radioeléctrico mediante la emisión y recepción de ondas transportadas en forma inalámbrica.

infocomunicaciones⁴³⁶. Además dicho artículo de la Carta Magna también estipula que los servicios inalámbricos, junto con otros, “no podrán salir definitivamente del dominio del Estado”. Por lo tanto, se considera que en el país existe un monopolio estatal del sector de las telecomunicaciones⁴³⁷.

La Sala Constitucional reiteró en distintas oportunidades⁴³⁸ que lo estipulado en el artículo 121 significa que el espectro radioeléctrico es un bien público (bien dominial) “cuya salida del dominio público es vedada, pero cuya explotación por parte de particulares (mediante la prestación de servicios de comunicación inalámbricos) es constitucionalmente viable, siempre que tales particulares hayan sido objeto de una concesión especial dada por la Asamblea Legislativa, o bien, de una autorización administrativa basada en una previsión genérica (ley marco) que así lo determine”⁴³⁹.

En sus orígenes, Radiográfica Costarricense S.A. era una empresa privada, pero hoy en día es una empresa estatal de carácter privado. En efecto, desde 1975, su capital pertenece en un cien por ciento a la empresa estatal de telecomunicaciones, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).

Si bien hace un tiempo se podía afirmar: “Radiográfica Costarricense S.A. [...] se aboca totalmente al campo de la telemática (TELEcomunicaciones

+ informÁTICA) y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) a la telefonía”⁴⁴⁰, hoy en día, las dos empresas se reparten el mercado de la telemática, vendiendo cada una respectivamente el acceso a Internet mediante distintas tecnologías, aunque la principal actividad del ICE sigue siendo la telefonía.

A la luz del tema que nos ocupa y tomando en cuenta que no existe una ley marco de telecomunicaciones en el país⁴⁴¹, cabe explicar en qué consiste el monopolio de las telecomunicaciones debido a las consecuencias que este tiene para el sector de la telemática en el país.

Es importante señalar que RACSA provee el acceso a Internet directamente a una cartera de clientes mediante las líneas de teléfono, pero además, ha subcontratado este servicio con las dos principales operadoras privadas de televisión por cable digital en el país, AMNET y Cable Tica, con el objetivo de aprovechar su red de acceso por cable y asimismo poder transportar su señal hasta los clientes-usuarios y viceversa en banda ancha. Los contratos entre AMNET y Cable Tica respectivamente y Radiográfica Costarricense S.A. son contratos de prestación de instalación y mantenimiento de equipos para el servicio de transmisión de datos. Cuando los usuarios suscriben con una de esas dos empresas privadas el servicio de acceso a Internet firman a la vez un

436 Para mayor detalle sobre la historia de RACSA véase <http://www.racsa.co.cr/quienes_somos/historia_de_racsa.htm> [Consulta: 21 noviembre 2005].

437 Ese monopolio es objetado por ciertos sectores que abogan por la apertura a la competencia. Se trata de un tema controversial objeto de intensos debates en el país sobre todo a la luz del Tratado de Libre Comercio que Costa Rica y los Estados Unidos firmaron en el 2005, pero que en agosto del 2006 no había sido ratificado todavía por la Asamblea Legislativa costarricense. Las disposiciones del Capítulo 3 de dicho Tratado relativas al tema de las telecomunicaciones imponen la apertura de ese monopolio.

438 Véanse la Resolución N° 2005-06909 de las 15:02 horas del 2 de junio del 2005 y Resolución N° 2319-98 de las 17:51 horas del 30 de marzo de 1998.

439 Ibíd.

440 TORRES, Margarita, *El desarrollo de los servicios radiográficos en Costa Rica* [en línea], p. 27. Disponible en <http://www.racsa.co.cr/quienes_somos/historia_racsa.pdf> [Consulta: 21 noviembre 2005].

441 En la actualidad existe un proyecto de ley-marco de las telecomunicaciones que se encuentra en la Asamblea Legislativa.

contrato con dicha empresa y otro con Radiográfica Costarricense S.A.

Estos hechos son relevantes a la luz del tema de la compatibilidad entre la sub-contratación de empresas privadas y el monopolio de las telecomunicaciones. En efecto, la Sala Constitucional tuvo que pronunciarse sobre dicho tema a raíz de una denuncia planteada por el Sindicato de Empleados del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en que consideraba que tales subcontrataciones eran anticonstitucionales en la medida en que constituía una violación del artículo 121 de la Carta Magna, es decir, una violación al monopolio de las telecomunicaciones.

Parte de los argumentos del Sindicato de Empleados del Instituto Costarricense de Electricidad se basaba en dos opiniones jurídicas⁴⁴², no vinculantes para el Estado, emitidas por la Procuraduría General de la República -el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia- en las que se declaraba la invalidez de tales contratos con estas dos empresas privadas. Los principales argumentos de la Procuraduría General de la República eran que:

- Está prohibida la sub-explotación de los servicios de las telecomunicaciones;
- Así como cualquier otra forma de contratación que permita al concesionario (RACSA) hacer participar directamente a un tercero en la prestación misma del servicio tal como es el caso con estas subcontrataciones;
- Aunque fuera una alianza estratégica para permitir que el servicio de Radiográfica Costarricense S.A. llegara a sus clientes en forma óp-

tima, este tipo de alianzas en cuanto permiten la participación de empresas no autorizadas mediante concesión en la explotación del espectro radioeléctrico, son inconstitucionales;

- La concesión legislativa que le permite a Radiográfica Costarricense S.A. prestar el servicio de Internet no autoriza el traspaso a terceros.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en cambio falló a favor de Radiográfica Costarricense S.A. ya que según ella dicho monopolio no impedía que una empresa privada pudiera ser subcontratada para asumir la conexión y el transporte de la señal de Internet aprovechando su red de cableado. Los principales argumentos de la Sala Constitucional para rechazar la acción de inconstitucionalidad fueron los siguientes⁴⁴³:

- Esta subcontratación constituye *“un servicio de valor agregado que permite a los usuarios un acceso más rápido y eficiente a Internet comparado con el que obtendrían si se comunicaran con los equipos de Radiográfica Costarricense S.A. a través de la red telefónica (servicio de acceso conmutado)”*⁴⁴⁴;
- Las empresas privadas subcontratadas prestan el servicio de transporte de la señal de Internet a través de su red de cable de fibra óptica hasta los equipos de Radiográfica Costarricense S.A. (routers) y viceversa. Los usuarios contratan directamente el acceso a Internet con la empresa pública Radiográfica Costarricense S.A. Ésto se refleja concretamente en el pago que los usuarios deben realizar directamente a dicha empresa además del pago a la empresa privada con la que contrataron originalmente;
- Los actos que son objeto de la demanda presentada ante la Sala no implican una explotación directa del espectro radioeléctrico. En efecto,

442 Véanse la OJ 137-99 y la OJ-010-2000 de la Procuraduría General de la República

443 Resolución N° 2005-06909, op. cit.

444 Ibíd.

*“el direccionamiento de los datos a través de la red mundial no es cedido a las empresas contratantes [AMNET y Cable Tica], sino que permanece en manos de Radiográfica Costarricense S.A.”*⁴⁴⁵. Por la tanto, la administración del espectro radioeléctrico no sale del dominio público.

Por otro lado, a lo largo de los años, se ha interpretado que dicho monopolio no concierne a las diferentes aplicaciones de Internet, las que se consideran un valor agregado del acceso a Internet. En otras palabras, las actividades relacionadas con la amplia gama de aplicaciones existentes tales como el alojamiento de correo electrónico y de páginas Web, que implican el almacenamiento de datos por parte del proveedor de servicios, están abiertas a la competencia. De hecho, existen muchas empresas privadas en el país que alojan en sus servidores páginas Web comerciales propias o de sus clientes y que venden servicios comerciales en-línea tales como venta de mercancía en línea, contabilidad en línea y tele-educación. A través de esas prestaciones, dichas empresas alojan y transmiten tanto contenidos propios elaborados por ellas mismas o a su petición como contenidos ajenos que les han sido remitidos por sus clientes (los usuarios). Recordemos que la materia que nos ocupa se restringe exclusivamente a la responsabilidad que estos actores de la sociedad de la información pueden enfrentar en caso de haber alojado, transmitido o dado acceso a contenidos ajenos ilegales y no a contenidos propios.

En cuanto a la empresa privada AMNET, esta actúa por un lado como proveedora de acceso a Internet en la medida en que provee el acceso a la señal de Radiográfica Costarricense S.A.

al transportar dicha señal mediante su red de cable desde los usuarios hasta llegar a los nodos (*routers*) de Radiográfica Costarricense S.A. y a la vez transmite los datos y la información por la misma ruta. Por otro lado, actúa como una empresa proveedora de servicios en la medida en que ofrece a sus clientes que son empresas la posibilidad de hospedar páginas Web en sus servidores (*web hosting*) y a sus clientes particulares la posibilidad de alojar cuentas de correos electrónicos en esos mismos servidores.

En cuanto a Cable Tica, no ofrece a sus clientes la posibilidad de abrir una cuenta de correo electrónico ni de albergar páginas Web en sus servidores; en otras palabras no provee ningún servicio de alojamiento de datos en sus servidores. Los servicios prestados por esa empresa se limitan a proveer la conexión, es decir el acceso, y a transmitir los datos desde la computadora del cliente hasta los nodos (*routers*) de Radiográfica Costarricense S.A.

Finalmente, Radiográfica Costarricense S.A. a su vez, además de proveer el acceso a Internet ofrece el servicio de correo electrónico a su cartera de clientes, lo que le otorga la doble condición de empresa proveedora de acceso y de servicios en Internet.

En resumen, retomando la tipología planteada en la Directiva sobre el Comercio Electrónico que distingue diferentes categorías de servicios y de intermediarios en Internet, pese a que ni la legislación ni los operadores de telecomunicaciones costarricenses la utilizan, podemos concluir que en el campo de la telemática, en la actualidad el monopolio estatal costarricense se aplica

445 Resolución N° 2005-06909, op. cit.

únicamente a la provisión de acceso a la Red y a la transmisión de datos por esa misma Red. Esto no excluye que, sujetos a la voluntad de las empresas dueñas de la concesión legislativa y según su criterio, dichos servicios puedan ser, en parte, sub-explotados por empresas privadas en condiciones específicas. En cambio, el servicio de alojamiento de datos se considera como un valor agregado al acceso y a la transmisión, que puede ser prestado por cualquier empresa privada.

2. La responsabilidad civil y penal de las empresas proveedoras de acceso y servicios en Internet.

Tratándose del tema de la posible responsabilidad civil y penal de las personas jurídicas por su eventual implicación en la explotación sexual de personas menores de edad, tal como lo plantea el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Cruz y Monge afirman, haciendo referencia al contexto costarricense, que *“tratándose de un Derecho Penal del acto, y siendo que en nuestros países latinoamericanos por regla general la responsabilidad penal es personal, no es posible, a corto plazo, establecerla a personas jurídicas, pero sí existe la posibilidad de que se incluyan normas expresas en relación con su responsabilidad civil, la cual puede ser reclamada en la vía penal por medio de la acción civil resarcitoria o la querrela”*⁴⁴⁶.

En efecto, en Costa Rica, al igual que en otros países, solamente las personas físicas pueden ser declaradas responsables por haber cometido un delito penal. En otras regiones, por ejemplo en

Portugal, el Código Penal tampoco reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas, salvo que se disponga lo contrario en disposiciones especiales según los términos de dicho Código en su artículo 11. En ese país, la ley especial denominada *Lei da Criminalidade Informática* es un claro ejemplo de la aplicación de esta norma en la medida en que reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas en su artículo 3-1, aplicado únicamente al ámbito específico de dicha norma, la criminalidad informática⁴⁴⁷.

En relación con la responsabilidad en lo civil, la legislación costarricense determina que cualquier persona física o jurídica puede ser condenada a pagar daños y perjuicios, mejor dicho puede ser declarada responsable civilmente.

No existe en el país una ley especial que establezca un régimen específico de responsabilidad civil y penal de los proveedores de acceso y servicios en Internet, en casos de contenidos ajenos ilegales transmitidos o alojados por ellos mismos. Consecuentemente, para determinar cuál es el papel que jugaron los prestadores al servir de canal para estos contenidos ilegales en caso de una demanda por daños y perjuicios y así decidir acerca de su posible responsabilidad, los tribunales tendrán como parámetros en la materia las reglas establecidas por la ley general, que no atiende las especificidades del sector.

Por otro lado, si bien los principios generales de derecho, la Constitución y la jurisprudencia son parámetros útiles y valiosos para entablar acciones civiles y penales, es una realidad que la ausencia de un régimen especial, constituye un

446 CRUZ y MONGE, op. cit., p. 30.

447 Para mayores detalles sobre la legislación portuguesa al respecto, véase DE SOUSA MENDES, Paulo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad informática en Portugal”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, op. cit., pp. 211-231.

obstáculo para los propios prestadores de acceso y de servicios los cuales no puedan contar con reglas jurídicas claras en cuanto a sus propias responsabilidades, obligaciones y derechos en caso de querer bloquear o eliminar contenidos alojados en sus servidores o transmitidos por ellos mismos. Un claro ejemplo de ello fue cuando Radiográfica Costarricense S.A. se vio expuesta a un recurso de amparo interpuesto por uno de sus clientes, posteriormente a que dicha entidad hubiera decidido bloquear por varios días la cuenta de correo electrónico de dicho cliente por utilizar el servicio en forma abusiva al enviar correo masivo no deseado (*SPAM*). En esta ocasión la Sala Constitucional rechazó el recurso alegando que la empresa había actuado dentro de los límites que le permitía el contrato firmado entre cada usuario, incluyendo este, y dicha empresa, que tiene una cláusula donde se especifica que el usuario se compromete a no enviar correo masivo y no solicitado a terceros que afecte el servicio normal y la red Internet. La Sala determinó que el recurrente habiendo irrespetado esta cláusula había incumplido con sus obligaciones al respecto⁴⁴⁸.

En resumen, sobre el tema de la responsabilidad de los prestadores de acceso y de servicios en Internet en Costa Rica, en caso de contenidos ajenos ilegales alojados en sus servidores o transmitidos por ellos, basándonos en la legislación vigente podemos afirmar que:

- La legislación costarricense no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen o no una obligación general de supervisión de los datos que alojan, transmiten o a los cuales permiten acceso;
- La legislación costarricense no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet

tienen o no una obligación de vigilancia en casos específicos si llegaran a tener conocimiento de la ilegalidad de ciertos contenidos alojados en sus servidores o son transmitidos por ellos;

- La legislación costarricense no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen la obligación de reportar a las autoridades tales contenidos ilegales en caso de llegar a tener conocimiento de que están alojados en sus servidores o son transmitidos por ellos;
- La legislación costarricense no determina si los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen o no la obligación de suspender el acceso a un contenido ilegal o eliminarlo, en caso de que lleguen a tener conocimiento de que tales contenidos se están alojando en sus servidores o son transmitidos por ellos;
- La legislación costarricense determina que, al igual que cualquier persona física o jurídica presente en el territorio costarricense, los proveedores de acceso y servicios en Internet tienen la obligación de acatar una orden de un juez o de una autoridad administrativa en caso de que uno de ellos ordene suspender el acceso a un contenido ilícito o eliminarlo;
- El régimen general, al igual que para cualquier otra persona jurídica o personas físicas, permite que los proveedores de acceso y servicios en Internet puedan ser declarados responsables en lo civil por violar o lesionar los derechos de terceros. Serán los tribunales los que tendrán la potestad de valorar si hubo o no tal responsabilidad en cada caso a la luz de la legislación vigente;
- Los proveedores de acceso y servicios en Internet, como empresas, no pueden ser declarados responsables en lo penal en caso de haber alojado, transmitido o permitido el acceso a contenidos ajenos ilegales.

448 Resolución N° 2000-03425 de las 20:54 horas del 25 de abril del 2000.

Debemos rescatar que, además de la adecuación del marco legal, para determinar el régimen de responsabilidad de los intermediarios en Internet existen otras herramientas complementarias tales como la elaboración de códigos de conducta por parte de estos actores del sector de la telemática y de asociaciones que representa los intereses de los usuarios. La normativa europea intenta promover el desarrollo y la implementación de tales códigos en dicha región⁴⁴⁹. La gran mayoría de las organizaciones involucradas en la lucha contra la explotación sexual infantil ha recomendado la aprobación de tales códigos⁴⁵⁰.

En conclusión, ya hicimos alusión al debate que existe en el país acerca de si se debe o no romper el monopolio de las telecomunicaciones. Ante la posibilidad de que tal mercado se abra a la competencia en cualquier momento, lo que implicaría un aumento del número de operadores privados de la red de Internet en Costa Rica, parece aún más necesario regular aspectos relacionados con la responsabilidad de dichos operadores en caso de que haya contenidos

ajenos ilegales. En efecto, para que las empresas involucradas en el sector puedan prestar sus servicios comerciales adecuadamente, así como para proteger los intereses de los titulares de los derechos que podrían ser lesionados por esas actividades, se requiere de la existencia de un marco legal específico transparente, completo y coherente que determine cuáles son las obligaciones, responsabilidades y derechos de dichas empresas. Esto tendría como beneficio brindar una mayor seguridad jurídica sobre todo a la luz de los permanentes cambios tecnológicos que a menudo generan una gran incertidumbre en el ámbito jurídico. Asimismo, sería una oportunidad para los actores del sector de la telemática de ser sujetos a reglas que permitirían, con una mayor transparencia, mejorar la protección de las personas menores de edad respetando a la vez el derecho a la privacidad de sus clientes usuarios de Internet que son ajenos a cualquier actividad relacionada con la explotación sexual de las personas menores de edad para así llegar a un balance sano entre intereses que no tienen por qué ser excluyentes.

449 Véase el artículo 16 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

450 Véase ECPAT International, *La violencia contra los niños en el ciberespacio*, contribución al estudio mundial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, Tailandia, setiembre 2005, p. 70.

CAPÍTULO VI

Recursos disponibles para los internautas en apoyo a la lucha contra la pedopornografía en línea.

A. Las líneas de denuncia.

Las líneas de denuncia también conocidas como líneas directas (*Hotlines* en inglés) son uno de los mecanismos que se han desarrollado hacia la mitad de la década de los 90 para intentar luchar contra el creciente uso de Internet como un medio para desplegar e intercambiar contenidos pedopornográficos. La primera línea se creó en 1996 en Holanda, seguida por otros países europeos y los Estados Unidos en 1998.

Es importante no subestimar el papel que puedan jugar estas líneas. En efecto, gracias a informaciones que les son suministradas se pueden lograr resultados concretos tales como discontinuar o cerrar algunos sitios en Internet, abrir una investigación criminal en contra de depredadores sexuales involucrados o bien identificar y ubicar a algunas de las víctimas menores de edad explotadas en las fotografías para rescatarlas. No hay que olvidar la labor realizada por el personal que trabaja para estas líneas representa un gran ahorro de horas de investigación para los servicios de policía. La llamada operación Cerbero conducida por la Guardia Civil española en marzo del 2005 constituye un ejemplo ilustrativo del impacto que puede tener la denuncia de un internauta a una línea de denuncia. En efecto, esta investigación se inició a raíz de la denuncia interpuesta por un ciudadano español el que se percató de la existencia de una sala de chat, punto de encuentro virtual de una red que intercambiaba vídeos, fotografías, y archivos de sonido de

carácter pornográfico con personas menores de edad. En esta ocasión la policía española arrestó en forma simultánea, y en colaboración con las autoridades de otros doce países de Europa y América Latina, a más de 500 personas⁴⁵¹.

1. ¿Quiénes operan las líneas y cómo proceden?

Los operadores que administran estas plataformas de denuncia pueden ser organizaciones no gubernamentales o bien empresas privadas como por ejemplo asociaciones de proveedores de servicios de Internet. En la segunda categoría se encuentran por ejemplo la línea <http://www.stopline.at/> en Austria, operada por la Asociación Austriaca de Proveedores de Servicios de Internet así como la línea directa irlandesa <http://www.hotline.ie/>, operada por la Asociación Irlandesa de Proveedores de Servicios en Internet. En ciertos países, los servicios policiales a cargo de investigar materiales de contenido ilegal en la Red, han puesto a la disposición de los internautas una página Web o una dirección de correo electrónico para la recepción de denuncias además de los medios tradicionales ya existentes para denunciar cualquier delito o crimen⁴⁵².

Las líneas permiten poner a la disposición de los internautas las 24 horas del día una dirección de página Web donde tienen la posibilidad de señalar los contenidos supuestamente ilegales que encontraron en la Red digital. Una vez que ingresó a la página el internauta indica los datos relevantes, y rellena generalmente una

451 Véanse los periódicos *Al Día*, Costa Rica, 17 de marzo del 2005 y *El ABC*, España, 16 de marzo del 2005.

452 Es el caso de Francia desde noviembre del 2001. El gobierno ha puesto a disposición del público un sitio Web donde se pueden reportar contenidos considerados como pedopornográficos. La dirección es <<https://www.internet-mineurs.gouv.fr/>>.

versión sencilla de lo que se puede comparar a un formulario. Las denuncias pueden realizarse en forma anónima o nominativa. En el mismo sitio Web donde el internauta reporta los datos, a menudo existe un enlace (*link*) con otras páginas por ejemplo de los departamentos de policía donde se puede también denunciar o se indica cuáles son los números de teléfono de las autoridades competentes con las que el internauta se puede comunicar si así lo desea.

Algunas de esas páginas además de permitir que se haga una denuncia, proporcionan también consejos a los internautas sobre cómo evitar que las personas menores de edad corran peligro en Internet, sobre otras direcciones de Internet y referencias de materiales donde se puede encontrar consejos adicionales e informaciones sobre la legislación vigente. Finalmente algunos de estos operadores como parte de su estrategia de trabajo, también participan u organizan campañas para el público en general o bien para personas menores de edad sobre los peligros de Internet. Por ejemplo, la organización belga *Child Focus*, quien opera en ese país la línea de denuncia <http://www.childfocus-net-alert.be/>, organizó en el 2000 una campaña denominada *Surf Safe* con el objetivo de motivar a los menores de entre 10 y 13 años para que se informaran sobre los peligros potenciales en Internet.

Los profesionales de la institución o empresa que opera la línea se encargan de recibir la denuncia que ingresa en una base de datos, de procesarla y, a la luz de la legislación en vigor en el país, deciden si se archiva, si se traslada a los servicios de policía competentes o al proveedor local de servicios de Internet o bien si hay nece-

sidad de trasladarla a otra línea directa en otro país. En efecto, una parte de las denuncias hechas por los internautas se archivan en tanto puede haber una diferencia entre lo que una persona considera como pornografía infantil reportándolo como tal y la forma en que los profesionales a cargo de analizar tales denuncias van a calificar el mismo contenido según la legislación en vigor. Por ejemplo entre marzo del 2004 y agosto del mismo año, el 64.45 % de los contenidos señalados como pedopornografía a la línea de denuncia francesa <http://www.pointdecontact.net/> fueron calificados como tales por los encargados de la línea una vez procesada la información⁴⁵³.

Save the Children Europe Group recalca este mismo aspecto cuando afirma que el hecho de que un contenido pueda ser considerado ofensivo por un internauta no necesariamente implica que sea ilegal. Con fines ilustrativos esa agrupación de organizaciones no gubernamentales menciona su antena en Dinamarca, la que está a cargo de operar una línea directa. Recibe entre 5.000 y 6.000 reportes anualmente, de los cuales solamente una cierta proporción califica como pornografía infantil luego de analizarlas a la luz de la legislación penal vigente en el país⁴⁵⁴. *Save the Children Europe Group* también hace hincapié en que cuando los profesionales a cargo de procesar el material reportado como ilegal hacen su trabajo, a menudo se percatan de que el servidor usado se hospeda geográficamente en otro país. En estos casos contactan a la línea de denuncia del país afectado para que le dé seguimiento⁴⁵⁵.

En otras palabras, los operadores de estas líneas de denuncia actúan como una especie de filtro o intermediario entre los internautas que

453 Le Forum des droits sur l'internet, op. cit., p. 8.

454 Save the Children Europe Group, op. cit., p. 8.

455 Ibíd.

creen haber encontrado materiales pedopornográficos y las autoridades competentes a cargo de investigar estos casos. Pero en todo caso, la decisión de si es pertinente o no abrir una investigación criminal la tomarán las autoridades a cargo y no las personas de las líneas de denuncia. Debido a la naturaleza de su trabajo, es imprescindible que los operadores de estas líneas tengan una relación estrecha con las autoridades a cargo de perseguir tales delitos, con los proveedores de servicios Internet, así como con los operadores de otras líneas de denuncia en otros países.

2. ¿De dónde provienen los materiales considerados ilegales señalados por los internautas?

Le Forum des droits sur l'internet señala que la gran mayoría de los materiales que se reportan a las líneas de denuncia son contenidos que los internautas han encontrado en páginas Web. Tal conclusión se deriva del análisis que esta organización realizó de una muestra de estadísticas recopiladas por instituciones que operan líneas de denuncia como por ejemplo las que señalan que entre 1998 y el 2003, el 77 % de las denuncias recibidas a través de la línea *Cybertipline* administrada por el *National Center for Missing and Exploited Children* en los Estados Unidos reportaban direcciones de páginas Web y el 1 % redes P2P. Este fenómeno se debe a que las páginas Web son la parte más visible entre todas las aplicaciones disponibles en Internet por ser más fácilmente y comúnmente accedidas por todos los internautas. Sin embargo es importante enfatizar que no necesariamente eso significa que las páginas Web sean los lugares donde hay más pedopornografía desplegada o intercambiada⁴⁵⁶. En efecto, ya hemos

mencionado la amplia gama de canales donde se intercambia pornografía infantil en el capítulo II y recordemos, que entre todos estos, una aplicación que es señalada por las autoridades con insistencia como un refugio popular entre los depredadores sexuales, son los sistemas de intercambio de archivos de persona a persona (P2P)⁴⁵⁷.

3. ¿Qué tipo de contenidos ilegales se pueden señalar a las líneas de denuncia?

Cabe destacar que algunas de las líneas de denuncia se dedican exclusivamente a recibir denuncias sobre materiales que se consideran pornografía infantil, como en el caso de la línea directa italiana *Stop-it*, creada en noviembre del 2002, cuya dirección es www.stop-it.org. Otras como la francesa <http://www.pointdecontact.net/> o la española <http://www.protegeles.com/> tienen un mandato más amplio y reciben también denuncias sobre contenidos ilegales de otro tipo como por ejemplo materiales que incentivan el odio racial, hacen la apología del terrorismo o del uso de las drogas. Eso varía según la legislación vigente en el país donde se hospeda la línea.

4. Ejemplos de líneas de denuncia.

INHOPE fue creada formalmente como una asociación en 1999 y está ubicada en Holanda. El nombre *INHOPE* es una abreviación de *Association of Hotline Internet Providers*. Su misión es “eliminar la pornografía infantil de Internet y proteger a los más jóvenes de los posibles usos nocivos e ilegales de Internet. Las principales funciones de la Asociación son:

- Intercambiar conocimientos y experiencias;
- Apoyar a nuevas líneas directas;

456 *Le Forum des droits sur l'internet*, op. cit., p. 9.

457 Véanse por ejemplo en “Pornographie sur Internet, priorité donnée à la protection des mineurs”, periódico *Le Monde*, Francia, 21 de setiembre del 2005, MANZI, op. cit. y *le Forum des droits sur l'internet*, ibíd., p. 10.

- Intercambiar información;
- Formar alianzas y cooperar con iniciativas provenientes de países no comunitarios, cuando sean relevantes, y
- Educar e informar a los organismos encargados de elaborar políticas, especialmente en el ámbito internacional⁴⁵⁸.

Le Forum des droits sur l'internet reporta que en su conjunto las líneas de denuncia miembros de INHOPE recibieron entre el mes de marzo del 2003 y febrero del 2004, 96.217 señalamientos de contenidos que fueron percibidos por las personas denunciantes como pornografía infantil⁴⁵⁹. Una de las señaladas funciones de INHOPE es fomentar alianzas con líneas de denuncia de países que no son europeos. A la fecha, la asociación agrupa a 25 miembros en 23 países en total⁴⁶⁰, 17 países europeos y 6 no europeos, los cuales son Estados Unidos, Taiwán, Australia, Canadá, Corea del Sur y Brasil⁴⁶¹. Por lo tanto existe una puerta abierta para que cualquier otra línea de denuncia creada en América Latina pueda afiliarse.

Save the Children Europe Group reconoce que la red de líneas de denuncia aglutinada en INHOPE es una plataforma de gran utilidad ya que permite intercambiar experiencias y así mejorar los estándares de calidad⁴⁶². Cabe destacar que no todas las operadoras de líneas de denuncia en Europa están afiliadas a la asociación INHOPE, como es el caso de la organización italiana *Arcobaleno Telefono* (*Rainbow phone* en inglés).

La organización *Internet Watch Foundation* opera una línea de denuncia en Gran Bretaña. Esta recibió más de 15.000 reportes de supuestos contenidos pedopornográficos en el 2003⁴⁶³; en Taiwán la línea es operada por ECPAT Taiwán y en España la línea <http://www.protegeles.com/> nació formalmente en el 2002 aunque ya funcionaba desde octubre del 2001. Antes de esta fecha era la organización Acción contra la Pornografía Infantil (ACPI) la que se encargaba de recibir directamente las denuncias. Finalmente, como ya lo hemos mencionado, en los Estados Unidos el *National Center for Missing and Exploited Children* (NCMEC) es responsable de la administración de la línea llamada cybertipline la que recibe miles de denuncias cada año. Entre 1998 y el 2003, el NCMEC recibió 76.000 reportes de contenidos percibidos por los denunciantes como pedopornográficos⁴⁶⁴. Solamente en el 2002, los encargados de esa línea transmitieron a las agencias de policía competentes 35.676 señalamientos de contenidos reportados como pornografía infantil y analizados como tales por ellos, cuando en el 1998 habían sido apenas 2.338⁴⁶⁵.

La sección costarricense de la organización Defensa de los Niños Internacional (DNI) desde su sitio Web ha habilitado una línea de denuncia para reportar específicamente pornografía infantil mediante un convenio con la línea de denuncia española mencionada anteriormente, PROTÉGELES. La línea es accesible desde la

458 Información extraída de <<http://www.inhope.org/>> [Consulta: 3 junio 2005]

459 *Le Forum des droits sur l'internet*, op. cit., p. 8.

460 La diferencia entre el número de miembros y el número de países se debe a que Alemania cuenta con tres organizaciones afiliadas a INHOPE.

461 Datos proporcionados en <<http://www.inhope.org/>> [Consulta: 1º noviembre 2005].

462 *Save the Children Europe Group*, op. cit., p. 8.

463 *Le Forum des droits sur l'internet*, op. cit., p. 8.

464 *Ibíd.*, p. 9.

465 *Ibíd.*, p. 10.

página Web de la organización Defensa de los Niños Internacional⁴⁶⁶ o bien directamente desde la dirección <http://www.protegelos.com/>. Debido a su carácter hispano-costarricense, Cánovas califica esta línea de “línea de denuncia mixta” junto con otras del mismo tipo que existen en otros países de América Latina⁴⁶⁷. Por otro lado, la organización no gubernamental costarricense Alianza por tus Derechos creó también un sitio Web donde las personas pueden reportar la dirección de materiales pedopornográficos que encontraron en la Red digital y datos de personas que producen, comercian o distribuyen tales materiales ilegales. La dirección es <http://www.alianzaportusderechos.org/modules/formularios/>.

Finalmente, en colaboración con Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), el único proveedor de acceso a Internet en el país y el Patronato Nacional de la Infancia, ente público rector en materia de niñez, Defensa de los Niños Internacional lanzó una campaña llamada Navegando sin Riesgos. El objetivo principal de la campaña es *“informar a los niños, niñas y adolescentes para que puedan navegar seguros en Internet y dar consejos a sus padres, madres y educadores sobre su responsabilidad de protegerlos de los riesgos de Internet”* además de informar a los padres y madres de familia *“sobre su responsabilidad de proteger a sus hijos e hijas de los riesgos de Internet, de sus vínculos con la violencia sexual, y darles consejos sobre cómo protegerlos”*⁴⁶⁸.

B. Los filtros.

Los filtros son *“una tecnología que permite que los contenidos o actividades que no son considera-*

*dos apropiados sean bloqueados de tal manera que la persona que usa la computadora donde está instalado el filtro no pueda tener acceso a estos materiales o no pueda participar a estas actividades”*⁴⁶⁹.

Por lo tanto gracias a la técnica del filtro, una persona, por ejemplo una madre o un funcionario de una biblioteca pública, tiene el poder de decidir en nombre de los demás usuarios de la computadora, sean adultos o personas menores de edad, que desde una computadora se van a bloquear los contenidos (de páginas Web específicas, etc.) que se consideran inapropiados de ver, canales (correo electrónico, salas de chat, *usenet*, etc.) que no se podrán usar del todo o solo en forma controlada o informaciones (datos personales, etc.) que tampoco se podrán enviar o recibir. Recordemos que cabe la posibilidad de que los contenidos bloqueados puedan haber sido buscados o recibidos intencionalmente o no por el usuario.

Debemos recalcar que si bien el filtro es una herramienta que permite controlar el acceso de los usuarios de una computadora a ciertos contenidos considerados inapropiados, la lista de esos contenidos no se restringe solamente a la pedopornografía sino que según el tipo y las marcas de filtros puede abarcar también pornografía adulta, contenidos que abogan por el uso de la violencia, de la droga o del terrorismo, que hacen la apología del racismo y del nazismo, etc. Por otro lado, la o las personas a cargo que instalan el filtro en una computadora, generalmente poseen una clave por lo que pueden cambiar su configuración y desinstalarlo. Los demás usuarios, sean adultos o personas menores de edad son sometidos a los efectos del filtro sin poder

466 La dirección es <<http://www.dnicostarica.org/>>.

467 CÁNOVAS, op. cit., p. 188.

468 Para mayor información sobre la campaña véase <<http://www.dnicostarica.org/>>.

469 Definición extraída de THORNBURGH y LIN (ed.), op. cit., p. 410. Traducción de la autora.

controlarlo. Esto tiene como finalidad asegurar la efectividad del filtro.

Dicho de otro modo, el filtro no es una herramienta que ha sido diseñada para proteger exclusivamente contra la pornografía ni la pedopornografía, ni para proteger únicamente a las personas menores de edad. De hecho, se señala que constituye un recurso que se está usando cada vez más en los lugares de trabajo para evitar tanto cualquier abuso potencial como el mal uso de las horas de trabajo en tareas ajenas a las labores de la oficina por parte de los empleados⁴⁷⁰.

Existen varios tipos de filtros disponibles que se clasifican de la siguiente manera⁴⁷¹:

- Los que son instalados directamente por los usuarios en sus computadoras;
- Los que son usados por los proveedores de servicios de Internet;
- Los que son usados por los motores de búsqueda (google, yahoo, etc.);
- Los que son usados por los servidores.

Dentro de esa última categoría se ubican los filtros institucionales instalados en los lugares de trabajo para impedir que los empleados tengan acceso a ciertos contenidos considerados perjudiciales.

En Costa Rica, Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) usa filtros para bloquear los correos masivos y no deseados (*spam*) que contengan, entre otras cosas, las palabras “pornografía” y “apuestas”. Como una de las consecuencias de ese bloqueo ciertos mensajes que contienen pornografía

de todo tipo, los que se sabe suelen representar una cierta proporción del *spam*, son filtrados. Sin embargo esto es un efecto indirecto de una política proactiva de filtro del *spam* y no es el resultado de una política institucional orientada a bloquear específicamente la pedopornografía. Cabe mencionar que en el transcurso del 2006, RACSA inició conversaciones con el mayor proveedor de Internet de Gran Bretaña, *British Telecom*, con la intermediación de la cooperación británica en el país, para eventualmente instalar en sus servidores un tipo de programa llamado olfateador (*sniffer*) que permitirá detectar contenidos pedopornográficos (imágenes y textos), correos electrónicos incluidos, que transitan por dichos servidores⁴⁷². Adicionalmente RACSA ofrece a sus usuarios interesados, información y consejos útiles acerca de los filtros disponibles para ellos y de las diferentes modalidades que existen⁴⁷³, además de consejos sobre los peligros de la pornografía.

En Francia, los proveedores de acceso a Internet firmaron con el gobierno un acuerdo, a finales del 2005, según el cual se comprometieron a suministrar en forma gratuita, en el transcurso del 2006, filtros que permitirían a los padres de familia que así lo desearían, prohibir el acceso de sus hijos a sitios que promueven la violencia y el racismo, así como sitios de carácter sexual⁴⁷⁴.

Pero si los filtros constituyen una herramienta de gran utilidad, es importante tener conciencia que no son completamente efectivos ya que por un lado pueden ser eludidos por el usuario y por el otro, en ocasiones su uso es deficiente. En efecto, algunos usuarios pueden lograr encontrar

470 THORNBURGH y LIN (ed.), op. cit., p. 275.

471 Ibid, pp. 271-273.

472 Para mayor información sobre el tema véase “Olfateador detectará correos que tengan pornografía infantil”, periódico *La Nación*, Costa Rica, 9 de abril del 2006.

473 Véase la información detallada en <http://www.racsa.co.cr/consejos_navegacion/consejos/peligros/pornografia/index.html>.

474 “Des filtres de contrôle parental gratuits à la mi-2006”, periódico *Le Monde*, Francia, 22 de noviembre del 2005.

maneras de evadir el efecto deseado de ciertos filtros usando sus destrezas tecnológicas o bien simplemente usando otra computadora que no tenga filtro en otro sitio. Además, los filtros tienen el inconveniente que en ocasiones pueden “sobrebloquear” o “sub-bloquear” contenidos. Es decir que algunos contenidos que deberían haber sido bloqueados no lo han sido y al revés, contenidos que no deberían haber sido bloqueados lo han sido.

Los filtros son solamente una herramienta que permite hasta cierto punto proteger a los usuarios contra ellos mismos ya que se les impone lo que pueden ver o no ver. Pero no se debe de ninguna manera olvidar que este recurso debe ser acompañado por estrategias, tanto en el ámbito familiar como en el nivel comunitario, diseñadas para orientar a las personas acerca de los numerosos peligros existentes en la Red y para enseñarles a

discernir con mayor entendimiento las informaciones que se deben o no revelar también, sobre quién es confiable y quién no lo es. En otras palabras, los usuarios tanto las personas menores de edad como los adultos, deben ser educados de tal manera que logren desarrollar una fuerte capacidad de discernimiento y un sentido de auto responsabilidad que les ayudará a tomar las decisiones correctas ante los peligros potenciales existentes en la Red.

Finalmente y a manera de conclusión queremos recalcar que los filtros no deben de ninguna manera ser considerados por los padres de los niños, niñas y adolescentes como un sustituto del control que deben seguir ejerciendo sobre las actividades relacionadas con el uso de la computadora y de Internet de las personas menores de edad a su cargo.

CONCLUSIÓN

Excepto cuando la relación sexual entre la persona menor de edad es consensuada y legal, la pornografía infantil es el resultado de una situación de abuso sexual, es decir que es la prueba material de la comisión de un delito sexual perpetrado contra un niño, una niña o un adolescente. Pero no debemos considerarla solamente como el subproducto de un delito cuando es que se haya cometido tal delito. En efecto, el que este tipo de pornografía fomente una cultura donde se considera normal usar el cuerpo de las personas menores de edad como objetos sexuales, agregado al hecho de que personas y grupos lucran con ella, son razones lo suficientemente poderosas para que sea un delito poseerla, producirla o difundirla ya sea mediante un sistema informático o no.

Pese a que ciertas personas argumentan en sentido contrario, no existen razones válidas para que una política de tolerancia cero hacia los depredadores sexuales en Internet deba ser percibida como un ataque a las libertades de los ciudadanos. Hemos visto que es posible desde el punto de vista legal, establecer un balance entre los intereses en juego; es decir entre el derecho a la privacidad y la libertad de expresión de los internautas -en la medida que estos derechos no son ilimitados- y el derecho de las personas menores de edad a ser protegidas contra la explotación sexual. Las reformas legales adoptadas en muchos países democráticos pertenecientes a regiones con largas tradiciones de respeto a los derechos humanos, han demostrado que las sociedades modernas y deseosas de velar por el bienestar de sus niños y jóvenes pudieron reformar sus leyes logrando proteger los intereses y derechos de unos -las personas menores de edad- sin tener que sacrificar los derechos de otros -los usuarios de Internet-.

Hemos visto a lo largo de cada capítulo de este libro que perseguir y reprimir los delitos relacionados con el consumo, la producción y la difusión de esta categoría de materiales ilegales en Internet plantea numerosos retos y también dudas. Para tener éxito con esa tarea necesariamente debemos tener una visión global del problema y actuar desde varios ámbitos y no solamente desde el represivo-legal.

Como hemos recalcado anteriormente, Costa Rica ha aceptado, en estos últimos años, el reto de luchar tanto contra las relaciones sexuales remuneradas localmente con personas menores de edad como contra el turismo sexual. El país tiene la suficiente capacidad tecnológica y los recursos humanos necesarios para asumir un papel de liderazgo en la región centroamericana en la lucha contra la pornografía infantil en Internet, si se dedicara a reforzar las instancias especializadas en perseguir tales delitos, asimismo adoptar las reformas legales pertinentes y otras medidas de carácter educativo y a desarrollar acuerdos con las empresas privadas ligadas al sector de Internet. Otra tarea prioritaria consiste en intentar convencer a todos los actores costarricenses que, de un modo u otro, están ligados al tema de la lucha contra la pedopornografía en Internet para que acepten trabajar como socios, asumiendo sus responsabilidades como agentes de cambio, dejando a un lado -para quienes los tienen- sus intereses comerciales, para que el bienestar de las personas menores de edad prevalezca sobre cualquier otro interés.

Las instancias internacionales y las organizaciones especializadas en velar por los más jóvenes, señalan constantemente que hace falta estudiar el tema de la pedopornografía en Internet. El presente libro pretende ser un aporte en ese sentido. Sin embargo, no debemos perder

de vista que este trabajo, al igual que cualquier otro de esta naturaleza, en sí, no tendría ningún valor si no tuviera como objetivo principal arrojar información sobre la materia estudiada para contribuir a definir cuáles son las acciones y las estrategias más apropiadas y los mejores mecanismos que podrían ayudar a controlar o frenar el consumo y la propagación de dichos materiales ilegales en la red de redes. Por lo tanto, las recomendaciones citadas a continuación son la *“raison d’être”* de toda la información recopilada y analizada a lo largo de este libro.

Muchas de esas recomendaciones implican llevar a cabo reformas de la legislación vigente

y consecuentemente realizar una labor de cabildeo con los órganos pertinentes, proceso que podría ser muy lento. Para que lleguen a concretarse algunas de esas recomendaciones, las personas que tienen poder de decisión deben adquirir conciencia de la importancia no solamente del tema sino también de la celeridad con la que debemos actuar si queremos “ganarle la partida” a los explotadores sexuales. De lo contrario, estos seguirán aprovechando los vacíos legales existentes y los nuevos medios tecnológicos que aparecen cada día en el mercado, para continuar abusando sexualmente de nuestros niños, niñas y adolescentes.

RECOMENDACIONES

- Incluir en el Código Penal una definición comprehensiva y clara de lo que constituye la pedopornografía;
- Ilegalizar la difusión de la pedopornografía escrita y oral;
- Ilegalizar el acto de comerciar, transportar o ingresar al país pedopornografía sin fines comerciales;
- Tipificar la tenencia de pedopornografía para uso privado;
- Tipificar la fabricación de la pedopornografía por cualquier medio o mediante el uso de un sistema informático;
- Ampliar la lista de conductas relacionadas con la pedopornografía ya ilegalizadas con las que son establecidas en el Convenio Europeo sobre la Ciberdelincuencia;
- Tipificar los delitos relacionados con la pornografía infantil cuando son perpetrados por una banda organizada como una circunstancia agravante;
- Ilegalizar la “*child erotica*”;
- Ilegalizar la producción y difusión de materiales pedopornográficos que involucran a personas menores no reales (pedopornografía digital y pseudopornografía) y a personas que aparentan tener menos de 18 años pero en realidad son mayores de edad;
- Aumentar las penas previstas en casos de distribución de pedopornografía;
- Modificar el artículo 9 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones para permitir la intervención de las comunicaciones cuando se investigan también casos de difusión de pornografía infantil y no solamente cuando son casos de producción de pedopornografía;
- Reformar los artículos 5 y 6 del Código Penal para permitir que un ciudadano costarricense o residente habitual pueda ser juzgado por los delitos sexuales perpetrados contra personas menores de edad en territorio extranjero (principio de extraterritorialidad);
- Completar las normas penales relativas al decomiso de los bienes y de las ganancias de los autores de delitos, para permitir, específicamente en casos de explotación sexual contra personas menores de edad, el decomiso de una gama más amplia de dichos bienes y ganancias generados por los explotadores a raíz de sus actividades delictivas;
- Adoptar una ley que regule específicamente la figura del agente encubierto en Internet para reforzar las capacidades investigativas de los agentes de policía especializados en delitos perpetrados mediante el uso de computadoras;
- Asegurar la permanencia de la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos en la estructura orgánica del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública mediante la adopción de un decreto ejecutivo o de una ley de creación;
- Dotar a la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos, la Sección de Delitos Sexuales, familia y contra la Vida y la Sección de Delitos Informáticos de más y mejores medios tecnológicos para poder perseguir e investigar mejor los delitos relacionados con la pedopornografía en línea;
- Ampliar la labor de investigación preventiva realizada por los agentes de la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos también a casos relacionados con pornografía infantil y otros delitos sexuales en contra de las personas menores de edad, ya que en la actualidad se limitan básicamente al turismo sexual;
- Reforzar el actual equipo de la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos con profesionales especializados en computación;

- Establecer mecanismos para que los funcionarios de la Sección de Delitos Sexuales, Familia y contra la Vida, de la Sección de Delitos Informáticos y de la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos puedan capacitar-se en la materia con regularidad;
- Fomentar lazos entre las escuelas universitarias especializadas en cómputo y la Sección de Delitos Sexuales, Familia y contra la Vida, la Sección de Delitos Informáticos y la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos para contribuir a la capacitación de sus funcionarios;
- Establecer mecanismos apropiados para supervisar y controlar la salud psicológica de los funcionarios de la Sección de Delitos Sexuales, Familia y contra la Vida, de la Sección de Delitos Informáticos y de la Unidad de Investigación de los Delitos Cibernéticos que trabajan en casos relacionados con pornografía infantil en Internet;
- Desarrollar lazos de cooperación con unidades especializadas en investigar pornografía infantil y delitos sexuales cometidos mediante el uso de las computadoras contra las personas menores de edad de otros países;
- Adoptar una ley especial que determine con claridad el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet en casos de contenidos ajenos ilícitos alojados o transmitidos por ellos;
- Desarrollar campañas educativas nacionales con el fin de concientizar tanto a los padres de familia como a las personas menores de edad sobre los peligros en Internet;
- Desarrollar materiales educativos específicamente para las personas menores de edad que asisten a escuelas y colegios, tanto los que están conectados a la Red como los que no lo están, para concientizarlos acerca de los peligros en Internet;
- Implementar una política proactiva para la filtración de materiales pedopornográficos que transitan por los servidores de los proveedores de acceso y servicios en Internet;
- Fomentar la implementación de códigos de conducta por parte del sector privado en especial de los proveedores de acceso y servicios en Internet y de las empresas de tarjetas de crédito;
- Establecer un acuerdo con las empresas de tarjetas de crédito nacionales para anular la suscripción de los usuarios que utilizan su tarjeta con el fin de acceder a sitios de pedopornografía;
- Incorporar en forma sistemática, en los programas de formación dirigidos a los operadores de justicia y a los policías, módulos de enseñanza sobre aspectos relacionados con la investigación y la represión de la ciberdelincuencia.

ANEXO 1

Cuadro comparativo de los delitos relacionados con la pedopornografía incluidos en el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia y el Código Penal costarricense⁴⁷⁵

DELITOS	ART. 3 PÁR. 1, INC. C) del Protocolo	ART. 9 del Convenio	ARTS. 173 y 174 del Código Penal Costarricense	COMENTARIOS ⁴⁷⁶
Producción	SÍ	SÍ	SÍ	El Convenio prevé que la “producción” sea delito solo si tiene como fines la difusión del material (por medio de un sistema informático). En el CP y el Protocolo la “producción” es delito sea cual sea el fin del material (para uso propio o para difundir comercialmente o no).
Oferta o puesta a disposición	NO (puesta a disposición) SÍ (oferta)	SÍ SÍ	NO NO	Se entiende que es tanto para fines comerciales como no comerciales. En el Convenio el delito de “poner a disposición” pretende cubrir el acto de hacer disponible el material en línea para otros, por ejemplo, al crear un sitio Web de PI o al recopilar e insertar en una página Web enlaces (<i>links</i>) a sitios de pornografía infantil. Este delito no está contemplado en el Protocolo. En cambio, siempre en el Convenio, “ofrecer” implica la idea de que alguien se comprometa a dar (comercialmente o no) PI. Se entiende que la persona que ofrece debe estar en capacidad de proveer el material prometido para que haya delito. Ninguno de estos dos tipos está contemplado en el CP. En caso de que alguien venda PI, este acto calificaría como una oferta bajo el régimen del Convenio. En cambio, en el Protocolo se han constituido dos figuras penales diferentes: “venta” (media una relación comercial) y “oferta” (no media una relación comercial). Parece que el CP no sanciona ni la “oferta” ni la “venta”. En efecto, el CP sanciona el acto de “comerciar” y según el DRAE “comerciar” en su primera acepción significa negociar comprando y vendiendo o permutando géneros. Si nos apegamos a esta definición, con este tipo penal se sancionaría a una misma persona quien a la vez venda y compre PI negociando. Parece entonces que este término no incluye las acciones de quienes solamente compran PI (sin vender ⁴⁷⁷) o bien al revés. Es decir, el acto de vender o comprar PI parece no estar sancionado por el CP ⁴⁷⁸ .

⁴⁷⁵ En el cuadro, de ahora en adelante, las siglas CP se refieren al Código Penal costarricense, PI a pornografía infantil y se usará el término “Convenio” en lugar de Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Finalmente las siglas DRAE se refieren al Diccionario de la Lengua Española de la Real de la Academia Española.

⁴⁷⁶ Los comentarios acerca de las normas contenidas en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia están basados en parte en el informe explicativo (*Explanatory Report*) de dicho Convenio, op. cit.

⁴⁷⁷ Según el DRAE “comprar” en su primera acepción significa obtener algo con dinero y “vender” en su segunda acepción significa exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien los quiera comprar, lo que difiere del acto de negociar vendiendo y comprando, el cual sería “comerciar”.

⁴⁷⁸ Para una opinión contraria véase RODRÍGUEZ, op. cit., p. 95.

DELITOS	ART. 3 PÁR. 1, INC. C) del Protocolo	ART. 9 del Convenio	ARTS. 173 y 174 del Código Penal Costarricense	COMENTARIOS
Distribución (<i>distributing</i>) ⁴⁷⁹ o transmisión	SÍ (distribución) NO (transmisión)	SÍ SÍ	SÍ (distribución) NO (transmisión)	En el Convenio, la “distribución” es entendida como el acto de propagar activamente dicho material e implica la idea de que el material le llegue a una cierta cantidad de personas, repartiéndolo entre estas personas. El Convenio no tipifica el acto de difundir contrariamente al CP que distingue entre las dos conductas: la distribución y la difusión. El Protocolo incluye la “distribución” y la figura de la “divulgación”. Consideramos que los términos divulgar (Protocolo) y difundir (CP) son sinónimos ⁴⁸⁰ . La “transmisión” implica la idea de hacer llegar algo a alguien. El mandar PI de una computadora a otra sería cubierto por este último delito pero por otro lado, ni el Convenio, ni el Código Penal contemplan expresamente el acto de “transmisión”.
Adquisición para uno mismo o para otro	NO	SÍ	NO	“Adquirir” se interpreta como el acto de conseguir, para uso privado o comercial, PI para uno mismo o para otro (el que adquiere para otro sería una especie de intermediario y si usa o no el material parece ser irrelevante). Los redactores del Convenio lo entienden como el acto de obtener activamente el material, por ejemplo, al bajar la información de Internet. Puede ser para uso privado o comercial, pagando (en cuyo caso equivaldría a una compra) o sin pagar. Este delito no está contemplado expresamente en el Protocolo y parece que tampoco en el Código Penal.
Posesión	SÍ	SÍ	NO (cuando es para el uso privado del que posee) SÍ (cuando el dueño posee el material para exhibirlo, difundirlo, distribuirlo, o comercialarlo).	El Convenio y el Protocolo tipifican la tenencia en general sea cual sea el uso que se haga del material (consumo privado, uso comercial o para intercambio, etc.) El CP actualmente no prevé que la tenencia para uso privado sea un delito. Poseer es delito solamente si la persona que posee el material tiene como objetivo exhibirlo, comercialarlo, distribuirlo o difundirlo.

479 En la versión original del texto en inglés del Convenio se usa la palabra “*distributing*”. Sin embargo, esta fue traducida en la versión castellana por la palabra “difusión” y no por “distribución”, por lo que si nos apegamos a la traducción deberíamos deducir que, a la luz del Convenio, son dos términos sinónimos y, consecuentemente, constituirían una sola figura penal. Sin embargo, por un lado el significado de estos dos términos es distinto. En efecto, “distribuir” según el DRAE en su primera acepción significa dividir algo entre varias personas designando lo que a cada una le corresponda según voluntad, conveniencia, regla o derecho. “Difundir” según el DRAE en su cuarta acepción significa propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc. De hecho, en el CP costarricense se hace la diferencia entre los dos términos, por lo que el acto de distribuir y de difundir son dos figuras penales distintas. Por otro lado, la versión original en inglés del Protocolo relativo a la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, también incluye el delito de “*distributing*”, lo que fue traducido esa vez en su versión castellana por “distribución”. Por estas razones concluimos que la traducción del inglés “*distributing*” al castellano “difusión” en esta versión en castellano del Convenio es un error. Consecuentemente, para efectos de análisis de este instrumento, tomaremos como referencia para esta figura penal, el término original de la versión inglesa que es “*distributing*” (“distribución” en castellano) y omitiremos su traducción como “difusión”.

480 En efecto, como hemos dicho según el DRAE, “difundir” en su cuarta acepción significa propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc. y “divulgar” significa publicar, extender, poner al alcance del público algo. Ambos términos conllevan la idea de propagar algo; en nuestro caso, material pornográfico en forma masiva sin distinguir quién es el consumidor o receptor. Por lo que concluimos que pueden constituir una misma figura penal.

DELITOS	ART. 3 PÁR. 1, INC. C) del Protocolo	ART. 9 del Convenio	ARTS. 173 y 174 del Código Penal Costarricense	COMENTARIOS
Importación	Sí	NO	Sí	El CP tipifica el hecho de “transportar o ingresar en el país este tipo de material con fines comerciales” lo que podemos asimilar al acto de importar. Es delito únicamente si se importa para fines comerciales; consecuentemente, quedan excluidos los casos donde una persona importaría a Costa Rica material para su consumo personal. Por el contrario, el Protocolo cubre el acto de importar con fines comerciales o para cualquier otro uso. El Convenio no cubre este tipo de acciones ya que se refiere solamente a delitos cometidos por medio de un sistema informático.
Exportación	Sí	NO	NO	El CP no prevé expresamente esta figura penal; sin embargo, algunos opinan que la acción de exportar está incluida en el término “transportar” ⁴⁸¹ . El Convenio no cubre este tipo de acciones ya que se refiere solamente a delitos cometidos por medio de un sistema informático.
Exhibición	NO	NO	Sí	En su primera acepción en el DRAE, exhibir significa manifestar, mostrar en público. Ni el Convenio ni el Protocolo prevén esta figura penal.

481 RODRÍGUEZ, op. cit., p. 95.

BIBLIOGRAFÍA

Acción común relativa a la trata de seres humanos y la explotación sexual infantil, 97/154/JAI del Consejo de la Unión Europea del 24 de febrero de 1997 publicada en JO L 63 (04/03/1997).

Badilla Saxe, Eleonora, "Costa Rica contra sí", periódico *La Nación*, Costa Rica, 25 de noviembre del 2003.

Barquero Solís, Antonio, Brigada de Información Tecnológica de la policía nacional española, ponencia presentada en el seminario sobre la *Cooperación policial internacional ante la delincuencia informática*, Agencia Español de Cooperación Internacional (AECI)/Embajada de España, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 30 de mayo al 3 de junio del 2005.

Bosch, Iciar, "A debate: concepto de la explotación sexual comercial infantil" [en línea], *Encuentros* del 10 de enero del 2003, boletín electrónico del Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil/IPEC, Sudamérica. Disponible en <http://www.oit.org.pe/ipcc/boletin/noticia_imprimir.php?notCodigo=202> [Consulta: 2 octubre 2005].

Breton, Thierry, *Chantier sur la lutte contre la cybercriminalité* [en línea], rapport présenté à Monsieur le Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, 25 février 2005. Disponible en <<http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/054000263/index.shtml>> [Consulta: 15 febrero 2005].

Cánovas, Guillermo, *Ladrones de inocencia*, Ed. Nuevos Escritores, Madrid, 2004.

Carr, John, *Pornografía infantil, una contribución de ECPAT Internacional al 2do. Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Yokohama, Japón, 17 a 20 de diciembre del 2001.

"Casa Alianza presentó firmas", periódico *Al Día*, Costa Rica, 25 de julio del 2003.

Claramunt, María Cecilia (coord.), *Explotación sexual comercial de personas menores de edad en Costa Rica*, IPEC/OIT, 1ª ed., San José, Costa Rica, 2002.

Código Penal, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, 2004.

Collins, Peter, Unidad Psiquiatría Forense, Oficina de Apoyo Investigativo, Policía de Ontario (Canadá), "Psychology of the Offender", ponencia presentada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, International Centre for Missing and Exploited Children (ICMEC)/Microsoft. Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, 23-26 febrero 2004, San José, Costa Rica.

Compromisos y acciones contra la explotación de niñas, niños y adolescentes, Patronato Nacional de la Infancia, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de la Presidencia, Asamblea Legislativa, Litografía e Imprenta LIL S.A., Costa Rica, 2004.

Cruz, Fernando, Monge, Ivannia, *Explotación sexual comercial, contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas nacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana*, Oficina Internacional del Trabajo/IPEC, San José, Costa Rica, 2004.

Chacón, Ana Helena, ponencia presentada en la Conferencia sobre *Pornografía infantil en Internet*, Instituto Nacional de Seguros, San José, Costa Rica, 29 de mayo del 2004.

Chinchilla, Sandí, Carlos, *Delitos informáticos*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica, 2002.

Decisión-marco 2004/68/JAI del Consejo del 22 de diciembre del 2003 relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pedopornografía. Publicada en el JOCE del 20 de enero del 2004.

Decisión relativa a la lucha contra la pedopornografía en Internet, 2000/375/JAI del Consejo del 29 de mayo del 2000 publicado en JO L 138 (09/06/2000).

De Sousa Mendes, Paulo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad informática en Portugal", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, Navarra, España, pp. 211-231.

Denis Mendoza, Juan Antonio, Ministerio del Interior español, "Instrumentos internacionales en la lucha contra el cibercrimen", ponencia presentada en el seminario sobre la *Cooperación policial ante la delincuencia informática*, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI)/Embajada de España, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 30 de mayo al 3 de junio del 2005.

Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de diciembre del 2003. Publicada en el JOCE del 20 de enero del 2004.

Decreto ejecutivo N° 232.177 "Reglamento de Organización del Ministerio de Seguridad" del 10 de enero del 2005, Diario Oficial La Gaceta N° 6 del 10 de enero del 2005.

"2003: delitos sexuales contra menores", periódico *OJO*, Costa Rica, 13 al 17 de enero del 2004.

Directiva 2000/31/CE, del 8 de junio del 2000 (DOCE, núm. 178, de 17 de julio del 2000) del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el Comercio Electrónico) [en línea]. Disponible en <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>> [Consulta: 12 setiembre 2005].

Documento básico de información sobre la problemática de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Centroamérica, Panamá y República Dominicana, OIT/IPEC, San José, Costa Rica, mayo 2004

ECPAT, *Extraterritorial Legislation as a Tool to Combat Sexual Exploitation of Children, a Study of 15 cases*, Executive Summary, Defense for Children International Section The Netherlands, 1999.

ECPAT Internacional, *La violencia contra los niños en el ciberespacio*, contribución al estudio mundial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, Tailandia, setiembre 2005.

ECPAT Internacional, *La explotación sexual comercial de niñas, niños, y adolescentes: una mirada desde Centroamérica*, sin lugar, sin fecha.

Estudio sobre la situación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en San José y Ciudad Quesada, DNI- sección Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003.

Estudio de la violencia contra los niños, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/61/299, 29 de agosto del 2006.

Expediente judicial N° 00-000616-0609

Farley H., Robert, "Conducting the Online Child Abuse Investigation", ponencia presentada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, International Centre for Missing and Exploited Children/ Microsoft. Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, 23-25 febrero 2004, San José, Costa Rica.

"Des filtres de contrôle parental gratuits à la mi-2006", periódico *Le Monde*, Francia, 22 de noviembre del 2005.

"Un foro diseñará la doctrina común con Iberoamérica en la lucha contra los delitos en Internet" [en línea], *Yahoo Noticias*, 24 de octubre del 2005. Disponible en <<http://es.news.yahoo.com/051024/185/4cv9h.html>> [Consulta: 31 octubre 2005].

Le Forum des droits sur l'internet, *Les enfants du Net II: pédopornographie et pédophilie sur l'internet* [en línea], 25 janvier 2005, disponible en <<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=844>> [Consulta: 15 febrero 2005]

Fournier de Saint Maur, Agnès, "Sexual Abuse of Children on Internet: A New Challenge for INTERPOL" [en línea], ponencia presentada ante la UNESCO. Sin fecha. Disponible en <www.unesco.org/Webworld/child_screen/documents/interpol_e.rtf> [Consulta: 9 setiembre 2005]

Fracción del Partido Renovación Costarricense, comunicado de prensa N° 254 del 22 de agosto de 2003.

Gend'Info, "Dossier sur la cybercriminalité", N° 279, août-septembre 2005, France, pp. 15-30.

Geraghty, Michael T., "Technical Aspects of the Investigation", ponencia presentada en el seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, International Centre for Missing and Exploited Children/ Microsoft. Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, 23-25 febrero 2004, San José, Costa Rica.

Gómez Mora, Lilliam, "La explotación sexual de las personas menores de edad en Costa Rica", *Revista Escuela Judicial*, núm.1, mayo 2001, Costa Rica.

"Le gouvernement voudrait renforcer la lutte contre la criminalité sur Internet", periódico *Le Monde*, Francia, 15 de abril del 2005.

"La Guardia Civil desarrolla el buscador Hispalis en la operación Azahar contra la pornografía infantil" [en línea], *Yahoo Noticias*, 27 de octubre del 2005. Disponible en <<http://es.news.yahoo.com>> [Consulta: 31 octubre 2005].

Gutiérrez Villalobos, Maribel, *Delitos sexuales: aumento de las penas y su eficiencia punitiva*, EUNED, 1ª ed., San José, Costa Rica, 1999.

Healy, Margaret, "Pornografía infantil y perspectivas internacionales", informe de ECPAT, *Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto 1996.

Informe de la Comisión Europea, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce)*, Bruselas, 21.11.2003. COM(2003) 702 final.

Informe EUROPOL, *Child Pornography Legislation within the European Union* [en línea], octubre 2005. Disponible en <<http://www.europol.eu.int/index.asp?page=publications&language=>> [Consulta: 3 noviembre 2005].

— *Matrix on Child Pornography Legislation in EU Member States 2005 annex I*, [en línea], octubre 2005. Disponible en <<http://www.europol.eu.int/index.asp?page=publications&language=>> [Consulta: 3 noviembre 2005].

— *Overview of the Legislation on Child Pornography in the Member States annex II*, [en línea], octubre 2005.

Disponible en <<http://www.europol.eu.int/index.asp?page=publications&language=>> [Consulta: 3 noviembre 2005].

“Informe de país: Costa Rica” presentado en la *Reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, UNICEF/OIT-IPEC/PANI/ IIN/ECPAT/CONACOES/ Gobierno de Costa Rica, 18-20 de mayo del 2004. San José, Costa Rica.

Informe anual del 2005 del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía [en línea], E/CN.4/2005/78. Disponible en <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/annual.htm>> [Consulta: 15 noviembre 2005].

Informe anual del 2002 del Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de Niños en la Pornografía [en línea], E/CN.4/2002/88. Disponible en <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/annual.htm>> [Consulta: 15 julio 2005].

Informe provisional (Interim Report) del 2000 de la Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, A/55/297, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de agosto del 2000. Disponible en <<http://www.ohchr.org/english/issues/children/rapporteur/annual.htm>> [Consulta: 9 agosto 2005].

Informe del Parlamento Europeo, *Report on the Proposal for a Council Framework Decision on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography*, A5-0206/2001, 31 May 2001.

Informe explicativo (*Explanatory Report*) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Consejo de Europa [en línea], disponible en <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>> [Consulta: 22 noviembre 2004]

Informe anual, *Monitoring of Pedophilia Online 2003*, organización Telefono Arcobaleno, Italia.

Introducción de las recomendaciones de la conferencia sobre *Combating Child Pornography on the Internet* [en línea], 29 September to 1 October 1999. Disponible en <<http://usembassy-australia.state.gov/hyper/WF991001/epf510.htm>> [Consulta: 18 diciembre 2005].

Lanning, Kenneth, V., *Child Molesters: A Behavioural Analysis*, National Center for Missing and Exploited Children, USA, fourth edition, 2001.

Ley General de Policía, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª ed., San José, Costa Rica, 2003.

Lexique de termes juridiques, Éditions Dalloz, Paris, 1988.

Lopatka, Adam, “La Convention relative aux droits de l’enfant”, *Revue International de Droit Pénal*, vol. 62, 1991, Toulouse, Francia.

Manzi, Giorgio Stefano, “Internet and Child Pornography”, ponencia

presentada en la *Reunión de seguimiento del II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, UNICEF, OIT/IPEC, IIN, ECPAT, PANI, Gobierno de Costa Rica, CONACOES, San José, Costa Rica, 18-20 mayo 2004,

“MEP pide ampliar cobertura de Internet al 18 % de escuelas”, periódico *La Nación*, Costa Rica, 16 de enero del 2006

Morales García, Óscar, “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, Navarra, España, pp.163-210.

“Net Closes on Paedophiles”, periódico *The Observer*, Reino Unido, 17 de agosto del 2003

O’Connell, D., Julia, “El explotador sexual de menores”, informe de ECPAT, *Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños*, Estocolmo, Suecia, 27-31 agosto 1996.

Picotti, Lorenzo, “Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, Navarra, España, pp.143-161.

Piragoff K., Donald, Ministerio de Justicia canadiense, “International Cooperation in Combatting Cyber-Crime”, ponencia presentada en la *Reunión del grupo de expertos gubernamentales en materia de delito cibernético*, Organización de Estados Americanos (OEA), 23-24 junio del 2003, Washington DC, Estados Unidos.

Plan Maestro Niñez y Adolescencia, período 2002-2006, Costa Rica.

Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes, diciembre 2002, Presidencia de la República, Costa Rica.

Peguera Poch, Miquel, “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, Navarra, España, pp. 25-64.

“Police warns of Wi-Fi theft by porn downloaders” [en línea], *CTV/ca News Staff*, Canadá, 23 de noviembre del 2003. Disponible en <www.ctv.ca/servlet/ArticleNews/story/ctvnews/1069439746264_64848946> [Consulta: 25 noviembre 2003].

“Pornographie sur Internet, priorité donnée à la protection des mineurs”, periódico *Le Monde*, Francia, 21 de setiembre del 2005.

Prevención, detección y atención de situaciones de explotación sexual comercial de personas menores de edad y trata con estos fines. Manual de procedimientos dirigido al Servicio Exterior. OIT/IPEC - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Dirección de Promoción Internacional), San José, Costa Rica, junio 2005.1965

Procuraduría General de la República, *Opinión Jurídica* núm. OJ 137-99, Costa Rica.

— *Opinión Jurídica* núm. OJ-010-2000, Costa Rica.

Reglamento de Organización de los Cuerpos Policiales Adscritos al Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, *Ley General de Policía*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2ª ed., San José, Costa Rica, 2003.

Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Aproximación al estudio de la criminalidad mediante computadoras", *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 13, núm. 19, agosto 2001, p. 16.

"Reportan 1000 abusos a niños por mes", periódico *La Nación*, Costa Rica, 18 de mayo del 2004.

Rodríguez, Alexander, "Más ley, menos derechos: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 19, año 13, agosto 2001, Costa Rica, p. 85.

Santander, Sally, *Child Pornography and the First Amendment*, Georgia State University, College of Law, Fall, USA, 2003.

Sartori, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, Taurus, México, 1997.

Save the Children Europe Group, *Position Paper on Child Pornography and Internet-related Sexual Exploitation of Children* [en línea], June 2003. Disponible en <http://www.redbarnet.dk/Files/Filer/sexuelt_misbrug/SaveTheChildren_positionpaper_ChildPornography.pdf#search=position%20paper%20on%20child%20pornography%20and%20internet%20related%20sexual%20exploitation%20of%20children> [Consulta: 20 julio 2004]

Segundo estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. Universidad de Costa Rica/UNICEF, 1ª ed., San José, Costa Rica, 2001.

Sentencia: Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

Sentencia: Reno v. American Civil Liberties Union. 521 U.S. 844.

Sieber, Ulrich, *Legal Aspects of Computer-related Crime in the Information Society -COMCRIME- Study-* [en línea] preparado para la Comisión Europea, Universidad de Würzburg, Alemania, Version 1.0 of 1st January 1998. Disponible en <<http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/comcrime/sieber.doc>> [Consulta: 8 setiembre 2005].

"Stockholm Congress Panel Report: Child Pornography", *Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil*, sin publicar, Suecia, 1996.

"Sudamérica crea IberRed, un circuito de información selectiva para combatir el crimen internacional" [en línea]. Disponible en <www.estrelladigital.es> [Consulta: 7 noviembre 2005].

Taylor, Marc, Holland, Gemma y Quayle, Ethel, "Typology of Paedophile Pictures Collections" [en línea], *Police Journal*, 2001, 74, 74(2), pp. 97-107. Disponible en <www.copine.ie/publicationd.php> [Consulta: 5 setiembre 2004].

Thornburgh, Dick, Lin, Herbert. S. (ed.), *Youth, Pornography and the Internet*, National Academy Press, Washington, 2002.

Torres, Margarita, "El desarrollo de los servicios radiográficos en Costa Rica" [en línea]. Disponible en <http://www.racsa.co.cr/quienes_somos/historia_racsa.pdf> [Consulta: 21 noviembre 2005].

Trinidad, Arnie, *Child Pornography in the Philippines*, Psychosocial Trauma and Human Rights Program/UP Center for Integrative and Development Studies/UNICEF Manila, Filipinas, 2005.

UNICEF, "Child Sexual Exploitation and the Law", a contribution of UNICEF to the *2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children*, Yokohama, Japón. 17-20 diciembre 2001.

UNICEF Reino Unido, *End Child Exploitation, Faces of Exploitation* [en línea], enero 2003. Disponible en <<http://www.endchildexploitation.org.uk/pdf/ECReport1.pdf>> [Consulta: 16 agosto 2004]

U.S. Supreme Court. OSBORNE v. OHIO, 495 U.S. 103 (1990) 495 U.S. 103. OSBORNE v. OHIO. APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF OHIO No. 88-5986. Argued December 5, 1989 Decided April 18, 1990.

Walsh, Bill, División de Jóvenes y Crímenes Familiares del Departamento de Policía de Dallas, "Computer Facilitated Crimes against Children", ponencia presentada en el Seminario sobre *Computer Facilitated Crimes against Children*, International Centre for Missing and Exploited Children (ICMEC)/Microsoft. Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, 23-25 febrero del 2004, San José, Costa Rica.

Wolak, Janis, Mitchell, Kimberly, Finkelhor, David, *Internet Sex Crimes against Minors: The Response of Law Enforcement*, Crimes against Children Research Center, University of New Hampshire/National Center for Missing and Exploited Children, USA, November 2003.

Expedientes legislativos

Expediente legislativo N° 11.871, "Ley de reformas al Código Penal", fecha de inicio: 12 de marzo de 1994.

Expediente legislativo N° 13.389, "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", fecha de inicio: 22 de octubre de 1998.

Expediente legislativo N° 13.858, "Modificación de la Ley N° 7425, Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones", fecha de inicio: 30 de noviembre de 1999.

Expediente legislativo N° 13.909, "Adición de un párrafo segundo al Artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica, Ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970", fecha de inicio: 14 de marzo del 2000.

Expediente legislativo N° 14.204, "Adición de un Inciso 4 al Artículo 6 del Código Penal (Proyecto de represión extraterritorial de los delitos sexuales contra menores)", fecha de inicio: 29 de noviembre del 2000.

Expediente legislativo N° 14.568, "Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, ley N° 4573 del 4 de mayo de 1970, y la reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, ley N° 7594 del 10 de abril de 1996", fecha de inicio: 12 de noviembre del 2001.

Expediente legislativo N° 15.336, "Protección de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos del Código Penal, Ley N° 4573, de 4 de mayo del 1970, y sus reformas", fecha de inicio: 22 de julio del 2003.

Expediente legislativo N° 15.397, "Ley de delito informático", fecha de inicio: 04 de setiembre del 2003.

Expediente legislativo N° 15.465, "Reforma del título y del párrafo segundo del Artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica Ley N° 4573 (Párrafo adicionado por la Ley N° 8143)", fecha de inicio: 29 de octubre del 2005.

Expediente legislativo N° 15.942, "Ley que sanciona la tenencia de pornografía infantil de menores de edad derivados de la red de Internet (adición de un Artículo 175 Bis al Código Penal, Ley N° 4573", fecha de inicio: 23 de junio del 2005.

Resoluciones judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 10.535 de las 14:48 horas del 17 de octubre del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2006-005686 de las 10:48 horas del 28 de abril del 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2313-95 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3435-92 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración N° 5759-93 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 0456-90 de las 14:00 horas del 9 de mayo de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2002-11482 de las 14:49 horas del 3 de diciembre del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3173-93 de las 14:07 horas del 6 de julio de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 4205-96 de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2000-03425 de las 20:54 horas del 25 de abril del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2001-00253 de las 10:13 horas del 2 de marzo del 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2005-06909 de las 15:02 horas del 2 de junio del 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2319-98 de las 17:51 horas del 30 de marzo de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Procedimiento de revisión de la sentencia contra el fallo N° 657-2002 del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial, Resolución de las 8:42 horas del 26 de marzo 2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2004-00061 de las 9:50 horas del 6 de febrero del 2004.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 00801 de las 09:27 horas del 18 de setiembre del 2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2003-00457 de las 15:20 horas del 5 de junio de 2003.

Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial, Fallo N° 657-2002 del 5 diciembre del 2002.

Entrevistas

Ivania Brenes, jefa de la Unidad contra la Explotación Sexual, Ministerio Gobernación, Policía y de Seguridad Pública, San José, Costa Rica, 27 de febrero del 2004.

Dr. Peter Collins, Unidad de Psiquiatría Forense, Oficina de Apoyo Investigativo, Policía de Ontario (Canadá), entrevista telefónica, 15 de marzo del 2005.

Marie-laure Lemineur Retana ha realizado sus estudios en derecho en la Universidad de Lyon III, Francia y su maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Essex, Inglaterra. Ha laborado para el Consejo de Europa, UNICEF, y organizaciones no gubernamentales en Europa y Centroamérica. Es autora y coautora de publicaciones sobre temas relacionados con los derechos humanos y la prevención de la violencia contra la juventud.



Erick Cordero, asesor jurídico, Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), San José, Costa Rica, 12 de diciembre del 2005.

Yalena de la Cruz, asesora de la diputada Joyce Zürcher, Asamblea Nacional, San José, Costa Rica, 4 de mayo del 2004.

Ana Helena Chacón, viceministra de Seguridad Pública, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, San José, Costa Rica, 3 de junio del 2005.

Paul Chávez, director de la Dirección de Investigación Especializada (DIE), Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, San José, Costa Rica, 8 de junio del 2005.

Mario Estrada, director de mercadeo de Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), San José, Costa Rica, 12 de diciembre del 2005.

Lilliam Gómez, Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar, Ministerio de Justicia y Gracia, San José, Costa Rica, 7 de junio del 2005.

Eugenia Salazar, Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada contra los Delitos Sexuales y la Violencia Intrafamiliar, Ministerio de Justicia y Gracia, San José, Costa Rica, 23 de agosto del 2006.

Pablo González, psicólogo, Organismo de Investigación Judicial (OIJ), San José, Costa Rica, 10 de octubre del 2005.

Delia Miranda, Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (CONACOES)/Unidad contra la Explotación Sexual Comercial Infantil del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), San José, Costa Rica, 1º de marzo del 2004.

Carlos Vargas, responsable de la Unidad de Investigación de Delitos Cibernéticos y Javier Mata, funcionario de la misma Unidad, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, San José, Costa Rica, 8 de junio del 2005.