



Universidad de Extremadura

Facultad de Derecho

**LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN EL
DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

**THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN CHILD
PORNOGRAPHY CRIMES**

Trabajo de Fin de Grado para optar al título de Graduado (a) en Derecho

Curso académico 2022-2023

Autor (a): Virginia Caballero Chamizo

Tutor (a): Cristina Ruiz López

Cáceres, junio de 2023.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN	5
1.1 Causas de surgimiento	5
1.2 Aproximación al concepto de OEI y sus caracteres	9
1.3 Regulación de la OEI. Aspectos esenciales	10
<i>1.3.1 Ámbitos de aplicación</i>	<i>10</i>
<i>1.3.2 Contenido, condiciones y transmisión</i>	<i>13</i>
CAPÍTULO II: EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL DEL ART 189 CÓDIGO PENAL	14
2.1 La pornografía infantil como ciberdelito	14
2.2 Análisis de los elementos del tipo penal	15
<i>2.2.1 Concepto de pornografía infantil: definición legal, bien jurídico protegido y sujetos participantes</i>	<i>15</i>
<i>2.2.2 Elementos del tipo objetivo</i>	<i>17</i>
<i>2.2.3 Elementos del tipo subjetivo</i>	<i>18</i>
CAPÍTULO III: APORTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA	19
3.1 Aportes a la delimitación del concepto “autoridad competente”	19
3.2 Aportes respecto a la admisibilidad de la prueba penal transfronteriza	21
CONCLUSIONES	23
REFERENCIAS	27

RESUMEN

La presente investigación analiza jurídicamente el potencial de la Orden Europea de Investigación para el procesamiento de los delitos de pornografía infantil contenidos en el artículo 189 del Código Penal. A tal fin, se ha realizado una revisión cualitativa de fuentes secundarias de información normativas, doctrinales y jurisprudenciales; para el mejor esclarecimiento del estado del arte. Mediante la misma se revelan las principales ventajas procesales de dicho instrumento de cooperación internacional, así como sus limitaciones y controversias respecto a la persecución del delito antedicho. En último lugar, se han expuesto las principales conclusiones del estudio junto a recomendaciones de eficacia cooperativa internacional en el ámbito de la pornografía infantil.

Palabras clave: cooperación jurídica internacional, Orden Europea de Investigación, pornografía infantil, ciberespacio.

ABSTRACT

The present legal investigation analyzes the European Investigation Order potential in the prosecution of child pornography crimes under the article 189 of the Spanish Criminal Code. For this purpose and the better clarification of the state-of-the-art, I have conducted a qualitative literature review considering secondary sources of normative, doctrinal and case-law information. Through this method, I have exposed the main procedural advantages of this international cooperation instrument as well as its limitations and controversies regarding the prosecution of the aforementioned crime. Finally, I have listed the main conclusions of the study, besides some international cooperation effectiveness recommendations within the scope of child pornography crime.

Keywords: international justice cooperation, European Investigation Order, child pornography, cyberspace.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno delictivo, como componente de nuestro acervo cultural, participa activamente de la evolución de las sociedades, impregnándose de circunstancias tales como la globalización del mercado, la movilidad internacional o los avances tecnológicos en la información; persiguiendo con ello un único propósito: perfeccionarse y expandir sus horizontes.

De esta manera nuestra sociedad de la información disfruta, en su interconexión permanente, de las ventajas agilizadoras de las *Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*; en especial del ciberespacio, mostrándose -con mayor o menor grado de conciencia- como potenciales víctimas o victimarios en un entorno *crimípeto*¹. Delitos contra la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; falsificación o fraude; relacionados con el contenido/pornografía infantil...² son solo algunas manifestaciones de este riesgo; todas ellas, unidas por el atractivo común de la inexistencia de las barreras físicas y temporales ordinarias para su perpetración.

Frente a dicha amenaza, en las últimas décadas parece justificada la necesidad de los Estados de dotarse de mecanismos ágiles y eficaces de ejercicio transfronterizo de su soberanía jurisdiccional. Tal ha sido el logro de la cooperación jurídica internacional y, en particular, de uno de sus principales instrumentos, la Orden Europea de Investigación (en adelante, OEI), el cual será el eje vertebrador de esta investigación. Por consiguiente, la decisión de investigar esta herramienta no es caprichosa, pues tan solo en los últimos cinco años su utilización por los tribunales españoles prácticamente se ha quintuplicado³; siendo hasta ocho veces más utilizada que la Orden Europea de Detención y Entrega, la segunda en la jerarquía de uso. Aquella puede resultar, a su vez, clave para la detección y control de la

¹Término habitualmente empleado en Criminología ambiental para aludir a aquellos espacios físicos o diseños urbanísticos que por su morfología, condiciones geográficas, sociodemográficas o estructurales favorecen conductas delictivas. Ver San Juan Guillén, C. (2013). Criminología ambiental: un área en expansión. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1. Página (en adelante, p./P. o pp./PP.) 35.

²Mención no exhaustiva de los delitos que integran la clasificación extraída del Convenio de Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23/11/01 y vigente en España desde el 01/10/03. Disposición 14221 del BOE núm. 226 de 2010. Recuperado de: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/09/17/pdfs/BOE-A-2010-14221.pdf> (última comprobación: 24/05/23).

³Se ha experimentado un aumento de 337 OEI emitidas por tribunales españoles en materia penal en 2017 a 1518 en 2021; ascendiendo, según Eurojust, a un total de 4262 casos activos en este mismo año desde su creación. Consejo General del Poder Judicial. (2021). *Los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea en la Estadística Judicial*. 2021. Datos de Justicia. Boletín de Información Estadística, núm. 91- abril 2022. P. 11 y Eurojust (2021). *Informe Anual de Eurojust*. P. 75. Recuperado de: <https://n9.cl/es16i2> y <https://n9.cl/svast>, respectivamente (última comprobación: 30/05/23).

pornografía infantil; un ciberdelito preocupantemente en auge desde el confinamiento⁴ por la COVID-19 y respecto al que, si bien dista de las notables cifras de estafas informáticas, podría reflejar una fallida contención político-criminal de esta execrable y traumática realidad en menores de edad. Buena muestra de este aumento la atestiguan los 29,3 millones de denuncias recibidas en 2021 por el Centro Nacional de Niños Desaparecidos y Explotados vinculadas a material pedófilo y sospechas de explotación sexual infantil⁵ o la calificación de la Unión Europea por el Consejo de Europa como “*el mayor centro de pornografía infantil del mundo*”⁶.

Pese a la legitimidad de los fines de la OEI, se alzan diversas voces investigadoras denunciando insuficiencias en su práctica (Laro González; Llorente Sánchez Arjona; Cacciatore; Velayos Martínez o Garrido Carrillo, entre otros), lo cual podría verse agravado por la relativa escasez de jurisprudencia específica y que, consecuentemente, podrían trabar la investigación de esta ciberdelincuencia. En vista de ello, la presente investigación aspira a resolver la cuestión “qué se ha investigado en la materia”, teniendo como objetivo principal *Contribuir a la delimitación del conocimiento existente sobre el potencial de la OEI en pornografía infantil*. Así pues, para su consecución, se plantean los tres siguientes objetivos específicos: I) *Presentar el marco normativo existente de la OEI*; II) *Analizar el tipo delictivo del artículo 189 Código Penal (en adelante, CP) y III) Describir las principales vicisitudes prácticas en la aplicación de la OEI en materia de pornografía infantil a la luz de la jurisprudencia y la doctrina más relevantes*. Concretamente, mediante el primero de los objetivos se aspira a esclarecer el concepto, caracteres y exigencias prácticas de la OEI; a través del segundo, a determinar las posibilidades aplicativas de la OEI en la investigación de la pornografía infantil y con el tercero, a determinar los criterios jurídicos prevalentes de resolución de estas causas.

Conforme a lo anterior, de cara a una mayor facilidad didáctica, la estructura de la investigación constará de dos partes: en primer lugar, se comenzará empleando el método deductivo, describiendo los parámetros normativos definitorios de la OEI como instrumento

⁴EUROPOL (2020). *Exploiting isolation: sexual predators increasingly targeting children during COVID pandemic*. Recuperado de: <https://onx.la/7246d> (última comprobación 09/02/23).

⁵Goitia, F. (14/07/21). El mapa del horror: cada punto es un pederasta. *ABC*. Recuperado de: <https://onx.la/b406c> (última comprobación 09/02/23).

⁶Tras protagonizar en 2019 más de las dos terceras partes de las denuncias en este campo. Comisión Europea (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores*. P. 2. Recuperado de: <https://n9.cl/q0s13> (última comprobación: 09/02/23).

de cooperación jurídica internacional, así como el tipo delictivo de pornografía infantil (artículo 189 CP), dando respuesta a los objetivos específicos I y II. A continuación, se analizará inductivamente la proyección casuística del instrumento de cooperación sobre este delito a través de la revisión de la principal jurisprudencia y doctrina, en relación al objetivo específico III.

La metodología empleada ha consistido, por tanto, en la revisión de fuentes secundarias de información para su posterior análisis crítico. Su abordaje ha requerido la previa selección de fuentes; donde el criterio esencial ha sido la proximidad temporal y la inclusión de conceptos como Orden Europea de Investigación; diligencias de investigación tecnológicas; pornografía infantil; ciberacoso sexual de menores; licitud y competencia, entre otros. En este sentido, se ha recurrido al empleo de las bases de datos de proyectos de investigación y tesis doctorales; legales, jurisprudenciales, además de informes de instituciones oficiales, blogs y las revistas jurídicas que constan en la bibliografía. Finalmente, se expondrán las conclusiones extraídas del análisis crítico, así como recomendaciones para la mayor eficacia práctica de las diligencias de la OEI en ciberdelitos pornografía infantil.

CAPÍTULO I: LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

Para comprender plenamente la aplicabilidad práctica de la OEI en el delito de pornografía infantil debe aludirse con carácter previo al marco normativo en que emergió el instrumento. En el siguiente apartado se tratarán las causas explicativas de su existencia, las mismas que determinaron sus rasgos esenciales y que nos permitirán, en segundo lugar, esbozar su concepto y requisitos procesales.

1.1 Causas de surgimiento

Históricamente han sido diversos los esfuerzos comunitarios para la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia hasta alcanzar un régimen común de Cooperación Jurídica Internacional Penal en la Unión Europea. Partiendo de sus configuraciones más genéricas y netamente gubernamentales (Acuerdo Schengen- 1895- y el Acta Única- 1986, respectivamente), continuando con su expansión al ámbito judicial y policial mediante el tercer pilar del Tratado de Maastricht (1992), así como con su perfeccionamiento a través del

Tratado de Ámsterdam (1997) y la notable reestructuración efectuada por el Tratado de Lisboa (2007) y Niza (2000), puede afirmarse que el vigente régimen de Cooperación Jurídica Internacional en la Unión es el resultado de un constante refuerzo de la comunitarización. Ello se manifiesta en la transición de un sistema de “*exhorto judicial*” de competencia exclusivamente estatal (propio del Tratado de Maastricht) a uno articulado en torno al principio de reconocimiento mutuo (presente desde el Tratado de Ámsterdam).

Es decir, en las últimas décadas de Cooperación Jurídica en la Unión se observa el cambio de un paradigma asistencial entre autoridades judiciales por mediación de autoridades gubernativas centrales. Así, previa solicitud/exhorto de actuación por el “*Estado requirente*”, se permitía la extensión de la soberanía extranjera dentro de las fronteras del “*Estado requerido*”; con las consecuentes disparidades prácticas entre Estados miembros. Sin embargo, desde el Tratado de Ámsterdam, la cooperación vira a un modelo más homogeneizador y agilizador, que toma por fundamento la confianza recíproca en la legitimidad y validez de las decisiones adoptadas por las autoridades de otros países de la Unión.⁷ En este segundo sistema, las resoluciones serían asumidas como actos soberanos propios⁸ por el Estado de ejecución- no como demandas externas; si bien, quedarían sometidas a previa exequaturación. Será, finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) el ocupado de recategorizar la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo al rango de principio jurídico, en su artículo 82.1; integrándose a partir de ahora en el derecho originario de la Unión y gozando de su misma protección.

Conforme a lo señalado, el modelo asistencial comprendería los antecedentes legislativos de la OEI convencionales - el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 1959 (CEAJP), el Convenio de Asistencia Judicial entre los Estados miembros de la Unión de 2000 (CAJEM) y su Protocolo de 2001⁹- cuya dispersión y disparidad práctica, entre otros

⁷Laro González, E. (2021). *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*. Tirant lo Blanch. P.33-38.

⁸Moreno Catena, V. (2013). *El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa 5ª Edición en Auxilio Judicial. Módulo I*. Red Europea de Formación Judicial. Consejo General del Poder Judicial. P.4. Recuperado de: <https://n9.cl/4v16t> (última comprobación: 18/02/23).

⁹El CEAJP, elaborado en Estrasburgo el 20/04/59, fue ratificado por España, con gran diferencia temporal, el 14/07/82; mientras que, con mayor brevedad, el CAJEM fue elaborado en Bruselas el 29/05/00 y publicado en el BOE en 15/10/03. BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166 a 25174. Recuperado de: <https://n9.cl/i42t5> y BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2003, pp. 36894 a 36904. Recuperado de: <https://n9.cl/mh0d9>, respectivamente.

factores, originó una “ineficacia crónica” (Arangüena Fanego, 2017)¹⁰ en la obtención transnacional de pruebas. Estos déficits fueron apreciados en el Consejo Europeo de Tampere (1999), desde el cual se conciben como piedras angulares de la cooperación judicial internacional (1) el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales (particularmente los autos destinados a la obtención pronta de pruebas¹¹) así como (2) la aproximación de las legislaciones [con posterioridad, estas dos prioridades continuarían siendo reforzadas en el Programa de la Haya (2004-2009)¹², en el Programa de Estocolmo (2010-2014)¹³ y en la vigente Agenda 2014-2024 del Consejo Europeo¹⁴].

Precisamente en el segundo de los recursos aludidos (la aproximación de las legislaciones) se hallan los antecedentes más cercanos de la OEI y que justifican de manera más específica su surgimiento. Nos referimos concretamente a las Decisiones Marco 2003/557/JAI del Consejo y 2008/978/JAI del Consejo¹⁵, relativas a la necesidad de reconocimiento mutuo inmediato de resoluciones para evitar la pérdida/destrucción de pruebas en la fase de embargo y al exhorto europeo de obtención de pruebas ya recabadas, respectivamente. Como puede apreciarse, en la primera de ellas la limitación a la investigación transfronteriza radicaba en su aplicación exclusiva a la fase de embargo, lo que exigía una solicitud independiente para la transferencia de la prueba, duplicando los esfuerzos procedimentales. Mientras, en la segunda, la carencia se manifestaba en la imposibilidad de

¹⁰Arangüena Fanego, C. (2017). Orden Europea de investigación: próxima implementación en España del Nuevo Instrumento de Obtención de prueba penal transfronteriza. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 58. P. 910. Recuperado de: <https://n9.cl/slg8o> (última comprobación: 18/02/23).

¹¹Conclusiones 33 y 36 de la Presidencia del Consejo Europeo respecto al encuentro celebrado en Tampere (15 y 16/10/99). Recuperado de: <https://n9.cl/rwvfd6> (última comprobación: 18/02/23).

¹²Al que se añadió el objetivo de crear normas mínimas del procedimiento penal y el ensalzamiento de la agencia Eurojust como entidad coordinadora y facilitadora de la cooperación. EUR-Lex (13/11/09). *Programa de La Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años*. Recuperado de: <https://n9.cl/3tcsx> (última comprobación: 18/02/23).

¹³Que introdujo como novedad el deber de los países de la Unión de utilizar la justicia en red y el deber de la Unión de promover la coherencia con el ordenamiento jurídico internacional, favoreciendo, así, la interactuación con terceros Estados. EUR-lex (16/03/03). *Programa de Estocolmo*. Recuperado de: <https://n9.cl/3a7ly> (última comprobación: 18/02/23).

¹⁴Consejo Europeo (20/06/19). *Proteger a los ciudadanos y las libertades en Una Nueva Agenda Estratégica (2019-2024)*. Nota de prensa. Recuperado de: <https://n9.cl/b9ko5> (última comprobación: 18/02/23).

¹⁵Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003, p. 45) y Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350 de 30.12.2008, p. 72). Aunque también en las disposiciones atinentes a las mismas contenidas en el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 20/04/59, los dos protocolos adicionales que lo complementan y los convenios bilaterales creados al amparo de su artículo 26; amén del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión (29/05/09), sin olvidar su protocolo del año 2001. Biblioteca digital Lawi (31/05/17). *Orden Europea de Investigación en Materia Penal*. Recuperado de: <https://n9.cl/y1bha> (última comprobación: 16/02/2023).

solicitar la obtención de pruebas nuevas, además de pervivir la posibilidad de optar alternativamente por los procedimientos de asistencia judicial que continuaran siendo de aplicación respecto a pruebas no comprendidas en el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas.

En este sentido, la Directiva 2014/41/CE (en adelante, DOEI), enmarcada en el Programa Estocolmo, trata de superar el “*carácter fragmentario e insuficiente*” de aquella normativa y responder a las aspiraciones de unificación del sistema de obtención de pruebas transfronterizas (la actual OEI); para que, “*cubra, en la medida de lo posible, todos los tipos de pruebas, contenga plazos para su aplicación y limite [...] los argumentos para la denegación*”¹⁶. En definitiva, la trascendencia de la OEI yace en su capacidad uniformadora del procedimiento de obtención de pruebas entre Estados miembros, siendo el sustrato común que limita las diferencias y la afectación a los derechos de acceso a la justicia (*lato sensu*, artículo 47 de la Carta) y de defensa de los ciudadanos de la Unión (artículo 48 de la Carta¹⁷).

En último lugar, por lo que respecta a su incorporación al ordenamiento jurídico español, cabe mencionar que dicha Directiva no supuso una excepción a la ya tradicional transposición tardía por nuestro legislador, pues si bien en un principio pretendió introducirse mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante, LRM) la apertura de un procedimiento sancionatorio por la Comisión Europea obligó a la transposición definitiva por Ley 3/2018, de 11 de junio (por la que se modifica la LRM para regular la OEI, por incumplimiento del artículo 258 TFUE. En adelante, LMLRM)¹⁸, habiendo precluido el plazo de transposición en más de un año.¹⁹

¹⁶Considerandos 3-7 de la DOEI. Unión Europea. Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo (03/04/14) relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130 de 1.5.2014). Recuperado de: <https://n9.cl/xr2m0> (última comprobación: 16/02/2023).

¹⁷EUR-lex (2016). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 202 de 7.6.2016). Recuperado de: <https://n9.cl/ggsc> (última comprobación: 16/02/2023).

¹⁸Inicialmente la introducción de la Directiva en el derecho interno se llevó a cabo mediante la LRM - frente al deber de proceder a la transposición mediante una norma del mismo rango por el que aquella materia hubiera sido regulada en España. Consecuencia de lo anterior, fue necesario aplicar el Dictamen 1/2017 de la Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional, sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva, dándose una muestra más de ineficacia europea, al coexistir Estados que habían transpuesto la Directiva con otros incumplidores. Tinoco Pastrana, Á. (2018). La transposición de la Orden Europea de Investigación en materia penal en el ordenamiento español. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*. Vol.3. P.116-119. Recuperado de: <https://core.ac.uk/reader/185608720> (última comprobación: 19/02/23).

¹⁹De esta manera, dada la afectación del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva- artículo 24 CE- correspondería la transposición por Ley Orgánica. A este respecto, ciertamente es meritorio el cambio de técnica legislativa en aras a impedir continuas reformas de la LOPJ a que pudiera derivar la transposición de cada uno de los instrumentos de Cooperación Jurídica Internacional en la Unión en detrimento de la seguridad jurídica (punto II del Preámbulo de la L 23/2014). Con todo, resulta ineludible apreciar en ello la oportunidad legislativa

1.2 Aproximación al concepto de OEI y sus caracteres

La propia DOEI nos brinda en su artículo 1.1 una noción bastante precisa acerca de qué ha de entenderse por Orden Europea de Investigación, al expresar que:

“La orden europea de investigación (OEI) será una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución») con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva”.

De la dicción del precepto puede deducirse, en primer lugar, que consistirá en un título ejecutivo, una decisión dictada por un órgano jurisdiccional (unipersonal o colegiado) de un Estado miembro o bien, por autoridad habilitada según la normativa del Estado de emisión, siempre y cuando reciba homologación judicial posterior. En segundo lugar, ha de perseguir la realización de un número indefinido de actuaciones indagatorias en otro Estado miembro, sin especificación de ninguna clase en particular y encaminadas exclusivamente a la adquisición de material probatorio. Aunque, a su vez, complementando esta lectura con el artículo 32 DOEI, también podrá consistir en medidas cautelares.²⁰ No obstante, enlazando este apartado con las causas analizadas en el epígrafe anterior, cabría añadir a la definición que aquellas pueden tratarse de pruebas nuevas o de las que ya obren en poder de las autoridades del Estado de ejecución; debiendo, además, respetar el principio de reconocimiento mutuo, los derechos fundamentales y principios jurídicos enunciados en el artículo 6 TUE; particularmente el derecho de defensa (Considerandos 2, 6 y 18 de la DOEI).

En cuanto al momento procesal en que pueden practicarse, ha de traerse a colación el Considerando 25; que, con amplitud, permite su realización en cualquier fase del procedimiento penal (en el caso español: sumario/ diligencias previas/ diligencias urgentes; fase intermedia en el proceso ordinario; juicio/ vista e, incluso, ejecución²¹), pudiendo

de cumplir el mandato europeo a través de procedimientos de aprobación y reforma más laxos; que, sin embargo, redundan en una menor protección jurídica (al menos, teóricamente).

²⁰En este orden de ideas, el precepto ofrece mayores concreciones que su antecedente el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas, cuyo artículo 1 no precisaba la naturaleza o estructura pública en la que se adscribía la “autoridad competente” y limitaba la práctica a “recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro” Artículo 1.1 Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo (18/12/08)- DOUE L 350/72-74. Recuperado de: <https://n9.cl/erijl> (última comprobación: 19/02/23).

²¹Pues esta fase también integra el proceso penal español, de lo que cabe deducir por ejemplo la posible emisión desde España de una OEI para la obtención de pruebas de cumplimiento en el extranjero de una condena, como pudiera ser la prohibición de aproximación a la víctima de delito, entre otras.

suponer, incluso, el traslado del investigado a los simples efectos de obtención de pruebas (ya que si estuviera dirigida al enjuiciamiento, procedería una Orden Europea de Detención y Entrega).

1.3 Regulación de la OEI. Aspectos esenciales

A continuación, se profundizará en la delimitación conceptual de la OEI mediante el análisis del articulado principal de la DOEI, a efectos de la materia investigada. Además, se aludirá someramente a la legislación española correlativa a las disposiciones europeas de interés. Para mayor sistematicidad se abordará por categorías temáticas.

1.3.1 Ámbitos de aplicación

Ámbito de aplicación subjetivo. En esta esfera ha de diferenciarse primeramente (1) la persona afectada por la OEI, aquella que, siendo persona física o jurídica (artículo 4 d) DOEI) y reuniendo la condición de investigada en un proceso penal de un Estado miembro, verá limitados sus derechos fundamentales por la práctica de tal diligencia. No en tanto, la iniciativa también podrá partir de la persona sospechosa/acusada o bien, de su asistencia letrada en el desempeño de funciones de defensa (artículo 1.3 DOEI²²); aunque la DOEI no concreta la facultad de esta última para solicitar una medida al Estado de ejecución autónomamente- sin tramitación judicial- además del inconveniente de exigir, en su caso, un sobreesfuerzo económico.

En cuanto a (2) quién puede ostentar la condición de “*autoridad de emisión*”, el artículo 2 c) DOEI presenta un *numerus apertus* dentro de unas determinadas delimitaciones competenciales, cuales son: ser autoridad de investigación en procesos penales y con competencia para ordenar la obtención de pruebas en el derecho nacional. Así, se atribuye esta facultad, en síntesis, a órganos jurisdiccionales, órganos instructores y al fiscal competente; que, sin embargo, han de someter la solicitud a un control *ex ante* de las condiciones de validez (con especial atención a las contenidas en el artículo 6 DOEI). De manera particular, nuestra legislación interna limita esta facultad del Ministerio Fiscal a aquellos procedimientos que dirija, siempre que la medida solicitada por la OEI no sea restrictiva de derechos fundamentales (artículo 187.1 LRM tras la reforma por LMLRM).

²²Que, presumiblemente, podría extenderse a funciones de representación durante diligencias de investigación en la fase de instrucción, en tanto no se requiere designar procurador en este momento procesal.

Por su parte, la respuesta a (3) quién puede ser “*autoridad de ejecución*” aparece consagrada en el artículo 2 d) DOEI, que alude a cualquiera facultada tanto para reconocer como para asegurar la ejecución de la OEI, ateniéndose a las disposiciones de dicha Directiva amén de procedimientos similares previstos en su derecho interno.

Con respecto a este último mandato, en España el Ministerio Fiscal es la autoridad competente para recibir, registrar, acusar recibo de la OEI, reconocerla y ejecutarla; en tanto que: (1) no se refiera a la limitación de derechos fundamentales, (2) no pueda ser sustituida por otra no restrictiva de tales derechos fundamentales o (3) no se haya indicado expresamente por la autoridad de emisión el deber de ejecución por una autoridad judicial (artículo 187.2 LRM tras reforma por LMLRM). Caso contrario, deberá remitirse la OEI a las autoridades jurisdiccionales previstas en el artículo 187.3 LRM (tras la reforma por LMLRM). Sin embargo, sorprende que las dos primeras condiciones cercenen el potencial ejecutivo del Ministerio Fiscal (sin perjuicio de funciones de asistencia). El motivo de ello yace en la clara naturaleza invasiva de esta clase de derechos por tales medidas (por ejemplo, el secreto de las comunicaciones de nuestro artículo 18.3 CE), lo cual limitaría a esta institución a meras labores de emisión o recepción y registro. Pese a todo, Arangüena Fanego (2017)²³ defiende que, incluso, ante este deber de remisión conforme al 187.3 LRM, finalmente, la práctica de la ejecución recaería en el Ministerio Fiscal.

Ámbito de aplicación objetivo o material. En virtud del artículo 3 DOEI, la OEI comprende toda medida de investigación necesaria, sin limitación de género alguno. A pesar de ello, dos excepciones se prevén a este respecto por razón de su especialidad: (1) la creación de equipos conjuntos de investigación²⁴ y (2) la vigilancia transfronteriza (Considerando 9). Paralelamente a los anteriores, en nuestro derecho interno, el artículo 186.4 LRM (tras la reforma por LMLRM) añade la transmisión de antecedentes penales, debiendo remitirnos a su normativa específica.

²³Arangüena Fanego, C. (2017). Op. Cit. P.921.

²⁴En la línea del Considerando 8 y sin perjuicio de la posibilidad de brindar apoyo a los mismos cuando se solicitara, pese a no integrarlos (artículo 13.8 Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal- CAJP- y artículo 1.8 Decisión Marco 2022/465/JAI). De forma particular, la primera de las excluidas no ha de entenderse en contradicción con algunas excepcionalidades del ámbito de las telecomunicaciones (Considerados 31-33). En la misma línea, no es óbice para la posibilidad de que autoridades del Estado de emisión competentes para ejecutar la medida asistan al Estado de ejecución, en tanto no conculque los principios jurídicos fundamentales de este ni perjudique sus intereses de seguridad nacional esenciales (artículo 9.4-.5 DOEI).

Con independencia de ello y si bien, la OEI puede comprender cualquier clase de medida,²⁵ la DOEI y la LRLRM han previsto disposiciones específicas (arts 21-31 DOEI y arts 195-204 LRLRM) para determinadas diligencias de investigación, que pueden contribuir a esclarecer su función. Así, por ejemplo: el traslado temporal de detenidos con fines investigativos al Estado de emisión o al de ejecución o la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo (como el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o el registro remoto de equipos informáticos; investigaciones encubiertas o intervención de las comunicaciones). Todas ellas delimitadas por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; actualización sin la cual la ejecución de OEI relativas a investigación de delitos cibernéticos se vería seriamente trabada en España.

Ámbito de aplicación procesal, territorial y temporal. Desde la perspectiva atinente a los procesos en que puede operar una OEI, el artículo 4 DOEI señala que podrá emitirse en aquellos (penales o no) incoados por una autoridad judicial [artículo 4 a) y c)] o por una autoridad administrativa por infracción de disposiciones legales que pudiera dar lugar a procedimiento judicial (particularmente, penal), artículo 4 b); con independencia de que se trate de una persona física o jurídica el interesado [artículo 4 d)].

Por lo que hace referencia al ámbito de aplicación territorial, debe estarse a los Considerandos 44 y 45, los cuales excluyen Irlanda y Dinamarca (de conformidad con la posición que manifestaron en sus respectivos protocolos relativos al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia anejos al TUE y TFUE). Mientras, Reino Unido, toda vez materializada su anunciada retirada de la Unión y superado el régimen transitorio del derecho comunitario (vigente hasta 31/12/20), quedó excluido con posterioridad de tal aplicación; retrocediendo al sistema convencional intergubernamental previo, al igual que Irlanda y Dinamarca.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación temporal, la DOEI entró en vigor a los 20 días de su publicación, de conformidad con el mandato del artículo 38 de la misma.²⁶ Si

²⁵Téngase en cuenta que las medidas solicitadas podrán ser sustituidas por la autoridad de ejecución en caso de no existir en su Derecho Nacional o de no ser aplicables en un caso interno similar; a excepción de las previstas en el artículo 10.2 (que siempre deberán existir en el Estado de ejecución y donde destacamos en este trabajo la identificación de personas mediante números de teléfono o direcciones IP-artículo 10.2 i) DOEI), sin perjuicio de la concurrencia de causas de denegación del artículo 11 DOEI (*verbigracia*, existencia de inmunidades o privilegios e información clasificada, entre otras).

²⁶Vicente Pacho, L. (2016). *Orden Europea de Investigación* [TFG]. Universidad de Salamanca. P. 16.

bien es cierto que su eficacia quedaba condicionada a la efectiva transposición por los Estados miembros entre 01/05/14 y 22/05/17 (artículo 36.1 DOEI). En relación con ello, pese a las producciones legislativas y reformas españolas²⁷ anteriores a la preclusión del plazo, la transposición plena/ válida de la misma se produjo en el 02/07/18 en nuestro Estado por LMLRM.

1.3.2 Contenido, condiciones y transmisión

Para concluir la referencia a la regulación esencial de la OEI, debe aludirse a tres pilares eminentemente procesales, cuya corrección material determinará en gran medida el éxito de las diligencias de investigación que se pretendan.

En referencia al primero de ellos, el contenido de la OEI (artículo 5 y Anexo A DOEI; Anexo III LRM), la cumplimentación de un formulario común ha facilitado la armonización del proceso al estandarizar la información necesaria para la ejecución, en el que debe indicarse la naturaleza del delito investigado (que necesariamente deberá conllevar una pena privativa de libertad o ser orden de detención con un máximo de, al menos, tres años).

Observado este primer pilar, no podrá procederse a la ejecución efectiva de la OEI sin la previa superación de un examen de las condiciones para su emisión y transmisión (artículo 6 DOEI). Estos límites, analizados por la propia autoridad de emisión, se concretan en: la (1) *necesidad* de las medidas solicitadas para la consecución del fin perseguido, (2) su *proporcionalidad (stricto sensu)*, en cuanto a la previsión de logro de mayores beneficios que perjuicios al ponderar la efectividad de la medida y la lesión a derechos fundamentales). Por último, (3) la *aplicabilidad de las mismas en casos internos similares* (como manifestación del principio de legalidad); teniendo siempre presentes los derechos del sospechoso/acusado.

Habiendo superado el test, la transmisión a la autoridad de ejecución podrá realizarse por cualquier medio que permita dejar constancia escrita de la OEI y válido para constatar su autenticidad por la autoridad de ejecución. De esta manera, puede concluirse que, en ausencia de motivos de denegación (artículo 11 DOEI), de aplazamiento (artículo 15 DOEI) o de circunstancias que pudieran contravenir los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución (artículo 9.2 DOEI), tan solo restaría el reconocimiento, ejecución (artículo 9 DOEI) y traslado de pruebas (artículo 13 DOEI) de la OEI a cargo de este último Estado

²⁷Fundamentalmente, la LRM y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

(artículo 21 DOEI). Sin perjuicio, evidentemente, de eventuales suspensiones o recursos en los términos de los arts 14 y 25 DOEI.

CAPÍTULO II: EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL DEL ART 189 CÓDIGO PENAL

Comprendido el marco normativo del instrumento de cooperación internacional, a continuación procede estudiar el delito específico cuya efectiva investigación procesal nos ocupa: la pornografía infantil. Conforme a ello, primeramente, se aportarán unas breves notas de los caracteres delictivos de este fenómeno, a fin de esclarecer el rigor técnico de los epígrafes clave subsiguientes.

2.1 La pornografía infantil como ciberdelito²⁸

Posibilidad y licitud son exigencias de la prueba a menudo obstaculizadas por la singularidad del entorno sobre el que se proyecta principalmente el delito de pornografía infantil; el ciberespacio. En efecto, este complejo entramado de interacciones sociales/sistémicas, caracterizado por la compresión de las coordenadas espacio-temporales, constituye un perfecto resorte expansivo²⁹ de la oportunidad criminal ya existente (Miró Llinares, 2011³⁰), convirtiendo la cooperación judicial internacional, ahora más que nunca, en necesaria. Sin embargo, ¿qué factores han contribuido a la expansión de la cibercriminalidad? Miró Llinares (2011) comprende que el ciberespacio reúne una serie de caracteres extrínsecos especialmente propicios, entre los que destacamos: la *deslocalización*, *transnacionalidad*, *neutralidad* y *descentralización*. Extrapolando estas ventajas cibernéticas al delito de

²⁸ Siguiendo la definición de la RAE, el ciberdelito es aquel hecho delictivo cometido a través de internet. Real Academia Española (sin fecha; en adelante. s.f.). Ciberdelito en *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es/ciberdelito> (última comprobación: 24/05/23). Aunque ciertamente es longeva la controversia en torno a si supone una nueva forma de criminalidad o una mera traslación de las formas delictivas tradicionales a un entorno virtual.

²⁹ El Ministerio de Interior reporta un leve descenso de 762 casos conocidos en 2020 a 739 casos en 2021. Por su parte, la última Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado revela un descenso notorio de la pornografía infantil desde el "*confinamiento* (por la COVID) *más severo*", consecuencia del retorno a la normalidad social. Si bien, advierte que los "*efectos perversos*" continúan, apreciándose nuevos incrementos en la actualidad y la normalización de estas prácticas por algunos menores (que, además, legitiman su contacto sexual online con adultos en la obtención de un rédito económico). Ministerio de Interior (2021). *Informe sobre Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. P. 7. Recuperado de: <https://n9.cl/2ozpk> y Fiscalía General del Estado (2022). *Memoria elevada al gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado el Excmo. Sr. Álvaro García Ortiz*. Ministerio de Justicia. Pp.23-24. Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html. (última comprobación: 23/03/23).

³⁰ Miró Llinares, F. (2011). La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm.13-07, p. 07:1-07:55. Disponible en internet: <https://n9.cl/vo57>. ISSN 1695-0194 [RECPC 13-07 (2011), 29 nov]. P. 5.

pornografía infantil, no resulta difícil comprender porqué el ciberespacio (y particularmente la *Deep Web*) ha relevado a los tradicionales medios de difusión de tales contenidos (de la Rosa Cortina, 2011³¹). DVD, correos electrónicos, páginas web pornográficas... se rinden hoy a las redes Peer-to-Peer³² (en adelante, P2P) de I2P, Freenet, ANTs P2P, GNUTnet o Entropy -donde es posible actuar anónimamente- y otras no P2P, como The Onion Router (TOR)³³. En esta última opción, los puntos de encuentro entre usuarios (*Rendezvous Points*, *RP*) representan auténticas comunidades de pedófilos³⁴ en comunicación e intercambio constantes de materiales e información, con el riesgo de refuerzo conductual y su agravación. Así mismo, su cifrado mediante contraseñas³⁵ dificulta la actividad de una de las principales medidas procesales de investigación en este campo, el agente encubierto informático.

2.2 Análisis de los elementos del tipo penal

2.2.1 Concepto de pornografía infantil: definición legal, bien jurídico protegido y sujetos participantes

Nuestro legislador, teniendo a su base el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Carta y la Directiva 2011/93/UE³⁶, ha perfilado la regulación del tipo introduciendo mediante la reforma por LO 1/2015 una definición de pornografía infantil en el segundo inciso del artículo 189.1.b) CP (como delito semipúblico). En esencia, en él se desgana el concepto aportado por la Directiva del 2011 (con tenues modificaciones), donde se describía esta conducta como "*toda representación, por cualquier*

³¹De la Rosa Cortina, J.M. (2011). *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Tirant lo Blanch. P. 261.

³²Redes que unen nodos iguales entre sí, que operan simultáneamente como servidores y como clientes, posibilitando un intercambio directo de información, sin intermediarios. De la Iglesia Fernández, J. (2020). *Los delitos relacionados con el uso de pornografía infantil y las TICs* [TFM]. Universidad de Castilla y León. P. 52.

³³Principal centro de difusión pornográfica, basadas en un enrutado a través de numerosos nodos intermedios que dificultan drásticamente la identificación del terminal/IP.

³⁴Al respecto, es de interés el estudio de Ramos Romero, M. y Pascual Franch, A. (2020). *El Perfil del Consumidor de Imágenes de Abuso Sexual Infantil: Semejanzas y Diferencias con el Agresor offline y el Delincuente Dual de Sotoca-Plaza, A.* Anuario de Psicología Jurídica. Vol. 30. Núm. 1. - 2020. Pp. 21 - 27. Colegio Oficial de Psicología de Madrid y Portero Castells, C. (2020). *El paso de la conducta online a offline en los consumidores de pornografía infantil: El fenómeno de los agresores duales* [TFG]. Universitat Autònoma de Barcelona. P. 20 y ss (donde se afirma la prevalencia de agresores varones blancos, de 43'6 años, solteros/divorciados/separados; por lo general, con experiencias de abuso en la infancia y un 78% de víctimas femeninas en 2018, de las que un 68% poseían entre 0 y 2 años).

³⁵De la Rosa (2011). Op. cit. Pp.267-268.

³⁶Relativa a la lucha contra los abusos sexuales, y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

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"³⁷.

Por su parte, como principal diferencia, nuestro CP alude en lugar de niño a "*menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección*" (ver apartado segundo del artículo 25 CP) -ampliando, así, el número de sujetos pasivos protegidos. Sin embargo, habida cuenta de las dificultades que se presentan en ocasiones en la identificación y conocimiento de la edad exacta de la parte pasiva, deducimos que se añade como particularidad a aquella definición "*c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor [...] salvo que [...] resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes*". De manera reiterativa y prescindible, también se incluyen las "*d) Imágenes realistas [...] (de aquellos participando en conductas sexuales)] con fines principalmente sexuales*" (ver artículo 189.1 CP).³⁸

Como resultado, de lo anterior puede colegirse, en primer lugar, el interés público en salvaguardar el correcto desarrollo intelectual y volitivo de todo menor de 18 años, sin injerencias no deseadas que puedan condicionar sus capacidades de socialización o inserción en la sociedad. Por consiguiente, considerando que nos hallamos ante sujetos en proceso madurativo, el bien jurídico protegido es, mayoritariamente, la indemnidad sexual (artículo 189. 1 b) y 189. 6 CP, más discutiblemente en los apartados cuarto y quinto), bajo la premisa de que ello redundará en su capacidad futura para autodeterminarse en esta esfera (Molina Fernández, 2022)³⁹. Sin embargo, ello no excluye la protección de la libertad sexual en sí misma, en el artículo 189.1 a) CP, cuando exista una afectación física directa. Todo ello, sin perjuicio de las particularidades de la reforma procesal penal por LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que trataremos más adelante.

³⁷Art. 2 c) 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. Portal web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Recuperado de: <https://n9.cl/riehj> (última comprobación: 24/03/23).

³⁸Se diferencian, por tanto, dos clases de pornografía: la "clásica" o real descrita en el segundo apartado de la letra a) y de la letra b) del artículo 189.1 CP) y la "simulada" o virtual (que supone una anticipación de la barrera penal a la efectiva lesión de los derechos del menor). La simulada comprende, al mismo tiempo, como subclases la *pornografía técnica* (excluida del tipo del artículo 189 por no involucrar a menores, consiste en representaciones de actos sexuales/genitales realizados por/de adultos cuya imagen es tratada informáticamente para asemejarse a menores de edad); la *artificial* ("*aquellas representaciones en las que participa un menor creado a partir de un patrón irreal, por ejemplo, a través de un dibujo animado o generado íntegramente en el ordenador*") y la *pseudopornografía* (como composición de imágenes y voces de menores reales e identificables). Gómez Rivero, M^a C. (2018). *Lección XIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I.* Tecnos. P. 322.

³⁹Molina Fernández, F. (2022). *Capítulo 9. Dolo, imprudencia y error en Penal. 2023. Memento Práctico.* Francis Lefebvre. P. 1081.

En segundo lugar, es deducible la naturaleza de delito común, al poder ser perpetrado por cualquier individuo (sujeto activo menor de edad o adulto), sin necesidad de que reúna unas cualidades singulares; si bien, siempre deberá dirigirse, en lo que a esta investigación atañe, contra menores de edad (emancipados o no) -sujeto pasivo. A mayor concreción, según la conducta a analizar, el sujeto pasivo puede constituirlo un determinado menor(es) agraviado(s) -(artículo 189.1 a) CP, Rodríguez Tirado, 2018⁴⁰)- o bien, ser la colectividad abstracta de menores de edad (por afectación a la imagen/figura del menor, Uriarte Valiente, s.f.⁴¹) -artículo 189.5 CP-; configurándose, entonces, como bien jurídico supraindividual.

2.2.2 Elementos del tipo objetivo

De manera sintética, las conductas típicas del artículo 189 CP se concretan en sus apartados primero, cuarto, quinto y sexto⁴²; cuyo nivel de precisión puede conllevar solapamientos en la práctica entre las mismas. Todas ellas llevan aparejadas, además de pena de multa o medidas de retirada de contenidos de la web y bloqueos de acceso, la privación de libertad con un máximo legal de al menos tres años; lo que permite su inclusión en el ámbito de aplicación de la OEI, como se expuso anteriormente.

Estas conductas son: A) La captación o utilización de los sujetos pasivos mencionados en espectáculos exhibicionistas (públicos o privados) o para la elaboración de material pornográfico, financiación de aquellos o lucro mediante los mismos (artículo 189.1 a) CP); B) La producción (como alteración/tratamiento de un material previo), venta, distribución o posesión preordenada al tráfico de pornografía infantil, independientemente de su origen -nacional o extranjero- (artículo 189.1.b) CP); C) La asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen los sujetos pasivos antedichos (siempre en actividades sexuales -no meramente auxiliares-, además de frente a más de un espectador,⁴³ artículo 189.4CP); D) La posesión para uso propio y el acceso a sabiendas a⁴⁴ material pornográfico en que participen menores. Por último, E) La omisión del deber de garante de evitar dicha

⁴⁰Rodríguez Tirado, A. (2018). *Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de child grooming y de su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológicas*. Revista de derecho procesal *Justicia*. ISSN 0211-7754, Vol. 1, 2018, pp.137-200. P. 145.

⁴¹Uriarte Valiente, L.M. (s.f.). *Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*. P.5. Recuperado de: <https://n9.cl/bw1p8> (última comprobación: 27/03/23).

⁴²Así mismo, pueden hallarse disposiciones comunes en el Capítulo VI del Título VIII CP.

⁴³Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Referencia: FIS-C-2015-00002. P. 7

⁴⁴Molina Fernández, F. (2022). Op. cit. P. 1124.

situación cuando es conocedor de ella (artículo 189.6 CP),⁴⁵ con la consiguiente controversia concursal con la "facilitación" del artículo 188 CP por omisión y la disyuntiva jurisprudencial en torno a los principios de alternatividad o especialidad.

Desde otro punto de vista, nuestro CP contempla ocho agravantes comunes (artículo 189.2 CP⁴⁶) que presentan bastante similitud con las previstas para agresiones sexuales en los numerales 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 180 CP, aunque diferenciadas por unas horquillas penales inferiores.

Así mismo, es reseñable que, pese a la supresión del concepto "indemnidad sexual" de la rúbrica del Título VIII del Libro II del CP, parece pervivir en el espíritu de la ley, en diversos preceptos penales no adaptados y en la propia jurisprudencia (véase STS 324/2023; STSJ CL 1344/2023; SAP LO 127/2023, especialmente el FJ Sexto.1.2 B, entre otras) la protección de este bien jurídico. Un bien, *stricto sensu*, extinto y reemplazado por una noción general de libertad sexual (inclusive para menores de edad y personas con discapacidad) por la reforma por LO 10/2022, de 6 de septiembre.⁴⁷

2.2.3 Elementos del tipo subjetivo

Como expresa Gómez Rivero (2022), las conductas detalladas han de cometerse con dolo; esto es, en concurrencia de conocimiento completo del tipo (por ende, a sabiendas tanto de los efectos lesivos de la conducta que se realiza como de la ausencia de causas de justificación de la misma) y de una voluntad específicamente dirigida a materializar tales efectos (es decir, al logro del quebrantamiento de una concreta prohibición).

⁴⁵Con todo, ha sido la penalización de la mera tenencia para uso propio la que ha suscitado una mayor candencia en el debate doctrinal, enfrentando corrientes defensoras de su legitimidad para la erradicación del mercado pornográfico (Orts Berenguer y Berdugo Gómez de la Torre citados por de la Iglesia Fernández, 2020.Op. cit.) con las denunciadas de una excesiva anticipación penal colisionadora con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE).

⁴⁶Por ejemplo: la especial vulnerabilidad de sujetos menores de 16 años (letra a); el carácter particularmente degradante de las prácticas (letra b), la puesta en peligro de la vida/salud del menor (letra d) o la ostentación de un cargo tuitivo por el autor (letra g).

⁴⁷De manera controvertida, este aspecto se contradice con el mantenimiento de la penalización de las relaciones sexuales mantenidas con menores por debajo de la edad legal de consentimiento sexual y que, a su vez, no se ha visto alterado por la reforma posterior del CP por LO 4/2023, de 27 de abril. La reforma del CP por LO 10/2022, además, ha especificado la penalización del fomento de aquellas conductas mediante el uso de las TIC (actual artículo 189 bis CP) y ha ampliado la penalización de la pornografía infantil realizada por personas jurídicas a otras medidas compatibles con la disolución de la sociedad (atendidas las reglas del artículo 66 bis); recrudesciendo con ello la respuesta penal. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE. núm. 215, de 07 de septiembre de 2022. Referencia: BOE-A-2022-14630.

CAPÍTULO III: APORTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA

El estudio de las vicisitudes prácticas de la OEI para la investigación de la pornografía infantil nos revela interesantes controversias doctrinales respecto a este instrumento y un exiguo⁴⁸ pero contundente tratamiento jurisprudencial. Aun cuando tales pronunciamientos versen mayoritariamente en torno a otros tipos delictivos, pueden extraerse reflexiones trascendentales para una aplicación más eficiente de la OEI, sin perjuicio del debido respeto a las garantías procesales del investigado. En esencia, se analizan en este epígrafe criterios resolutivos que podrían minimizar dilaciones procesales y victimizaciones secundarias en un ámbito particularmente sensible para estas víctimas: su indemnidad sexual y su intimidad en la red. Asimismo, si bien son múltiples las líneas de debate que plantean las limitaciones de la OEI⁴⁹, nos focalizaremos en las reseñadas por la más autorizada doctrina española (Laro González y Llorente Sánchez Arjona- fundamentalmente).

3.1 Aportes a la delimitación del concepto “autoridad competente”

Comenzando por la polémica legitimación para emitir y ejecutar la OEI, la STJUE de 08/12/20 (asunto C-584/19) clarifica, con una precisión destacada sobre sus homólogas, el concepto de autoridad competente. En ella, el Tribunal Regional Penal de Viena plantea al TJUE como cuestión prejudicial la posibilidad o no de concebir al Ministerio Fiscal de Hamburgo como “autoridad judicial” o “de emisión” en los términos de los artículos 1.1 y 2 c) de la DOEI. A este respecto, el TJUE efectúa una detallada revisión de los fines y caracteres de la OEI, completando el examen literal de los preceptos concernidos, y concluye *“que la emisión o la validación de una OEI por un fiscal confiere a dicha orden la consideración de resolución judicial”*, que además deberá estar *“rodeada de garantías*

⁴⁸Precisamente, las limitaciones de la búsqueda jurisprudencial han sido censuradas por diversos autores, justificándolo Laro González (2023) en la reciente expiración del plazo de transposición de la Directiva (recordemos, 22/05/17) y más aún, en la demora incurrida por diversos Estados en este menester. Laro González (2023). Luces y sombras de La Orden Europea de Investigación. *Revista de Estudios Europeos*, n.º Extraordinario monográfico 1 (2023): 129-144. ISSN 2530-9854. P. 133.

⁴⁹Léase desde cuestiones prácticas como carencias formativas de los aplicadores del Derecho, inconvenientes en los procesos de traducción hasta otras derivadas de la propia dicción de la DOEI, como la falta de previsión de trámite de audiencia o contradicción para los afectados por la denegación de una OEI o la publicidad relativa en el procedimiento de los datos personales obtenidos durante la aplicación de la medida. Laro González, E. (2023). Op. cit. y Velayos Martínez, M.I. (2018). *La Orden Europea de Investigación. Curso Proceso Penal. Cuestiones actuales* (05-06/07/18), [Presentación Power Point]. D'estiu Rafael Altamira. Universidad de Alicante. Diapositiva 10. Recuperado de: <https://n9.cl/x3hagus> (última comprobación: 19/02/23)

*propias de la adopción de resoluciones judiciales, en concreto, las relativas al respeto de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva*⁵⁰ y ello “con independencia de la relación de subordinación jurídica que pueda existir entre [...] esa fiscalía y el Poder Ejecutivo de ese Estado miembro, y de la exposición [...] a órdenes o instrucciones individuales de ese poder en [...] la adopción de una OEF”. Es decir, al margen de nuestros artículos 22-28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Contrariamente y de manera más sucinta, también se refiere a esta cuestión el TJUE en su sentencia de 02/09/21 (asunto C-66/20). En ella se trata de dilucidar la consideración de la Fiscalía de Trento como “órgano jurisdiccional” cuando desempeña funciones de reconocimiento y ejecución de una OEI (no de emisión, como en el caso anterior); en tanto que de ser así, estaría habilitada para solicitar directamente una decisión prejudicial (conforme al artículo 267 TFUE) sobre la pertinencia o no de tal ejecución. En este supuesto, el tribunal inadmite la petición con base en que, si bien las medidas investigativas de la DOEI presentan un carácter eminentemente cautelar (por tanto, decidibles por una “autoridad judicial”, *lato sensu*), la carencia de la Fiscalía de Trento de una función jurisdiccional o del deber de resolver un litigio mediante la respuesta del TJUE, impide su legitimación activa para el planteamiento de este tipo de cuestiones prejudiciales. Correspondería, por tanto, a los tribunales del Estado de emisión “*pronunciarse, con carácter definitivo, sobre dichas pruebas, en el marco del procedimiento penal sustanciado en este*” (considerando 42)⁵¹.

Por último, con mayor interés para las diligencias de investigación tecnológicas de delitos de pornografía, la STJUE 16/12/21 (asunto C-724/19) precisa que no procede catalogar al Ministerio Fiscal (búlgaro) como autoridad competente para la emisión de una OEI. Concretamente, en fase preliminar, cuando la medida esté dirigida a obtener datos de tráfico y localización en relación con las telecomunicaciones si en un caso interno similar la competencia para adoptar esta medida estuviera reservada a una autoridad judicial. La

⁵⁰Amén de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, cuyas eventuales limitaciones habrán de ceñirse a los límites de proporcionalidad del artículo 52 DOEI. Considerandos 18, 51, 56 y 75 de la STJUE de 08/12/20 (Asunto C-584/19). Curia. Recuperado de: <https://n9.cl/71cxz> (última comprobación: 24/05/23).

⁵¹STJUE 16/12/21 (asunto C-724/19). Curia. Recuperado de: <https://n9.cl/6811v> (última comprobación: 24/05/23). Un elemento común a estos fallos se halla en que las autoridades de ejecución aducen como causa de denegación la estricta naturaleza jurisdiccional que debe poseer el Estado remitente (autoridad de emisión), lo cual extraen por analogía de la Directiva relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega. No obstante, tal condición parece revestir mayor sentido en aquella norma respecto a la DOEI, al apreciarse una afectación más explícita de los derechos fundamentales del encausado, ya que comporta la privación provisional de su libertad de cara a su procesamiento, y no meramente con fines investigativos.

pretensión contraria no podría justificarse en la habilitación general del artículo 2.c.ii DOEI o en un posible reconocimiento de la OEI por la autoridad de ejecución con fines subsanatorios del error en que incurrió el Estado remitente -cual organismo de control del fondo de la OEI, en lugar de la forma- (Considerandos 45 y 53).

3.2 Aportes respecto a la admisibilidad de la prueba penal transfronteriza

Cuestión especialmente debatida es la admisibilidad o validez de la prueba penal recabada en un país extranjero, habida cuenta de la imperante doctrina del principio de no indagación. En virtud del mismo, nuestro Alto Tribunal, en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 20 /11/89, *Kostovski vs. Países Bajos*⁵²) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tradicionalmente ha rechazado la potestad de los tribunales internos para inspeccionar la legalidad -según la *lex loci*- de las diligencias de investigación efectuadas por el Estado de ejecución en cuanto a obtención de pruebas (siguiendo a Llorente Sánchez-Arjona, 2020: SSTS de 22/05/09; 05/05/03; 1281/2006; 456/2013, 4777/2013, entre otras⁵³). Una clara argumentación de esta postura puede hallarse en la citada STS 480/2009, de 22 de mayo. A mayor abundamiento, el fundamento último lo hallamos en tres elementos: el principio de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, como claves de bóveda de la cooperación jurídica internacional, así como en la primacía del Derecho de la Unión y la existencia de mecanismos de control *ex ante* para garantizar el respeto a los derechos fundamentales del encausado⁵⁴ (que convertirían el examen *ex post* en innecesario).

A pesar de las soluciones mencionadas, habremos de estar al riesgo de admisión de pruebas ilícitas por el Estado de emisión (obtenidas con vulneración de garantías procesales y derechos fundamentales, por tanto, en contra el artículo 11.1 LOPJ), con el consecuente aliciente para practicar *forum shopping*. Desde otro punto de vista, aunque cabe apreciar que quizás dichas conculcaciones no se hallen necesariamente motivadas por un fin espurio de las

⁵²Casanova Martí, R. y Cerrato Guri, E. (2019). La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº 23, Nº 62, 2019. ISSN 1138-4026, pp. 197-232. P.209.

⁵³Llorente Sánchez-Arjona, M^a.M. (2020). *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al derecho español*. Tirant lo Blanch. Pp. 120-121.

⁵⁴“Acuerdos” y “consultas” o la “participación” del artículo 9.4 DOEI y “sustitución” para “*conciliar garantías procesales*”. Garrido Carrillo, F.J. (2018). Insuficiencias y limitaciones de la Orden Europea de Investigación (OEI). *Revista de Estudios Europeos*. Nº extraordinario monográfico (1-2019). Pp. 220-222. Recuperado de: <http://www.ree-uva.es/> (última comprobación: 24/05/23) y Velayos Martínez, M. I. (2018). Op.cit. Diapositiva 46.

autoridades de ejecución⁵⁵, resulta evidente que comprometen la efectivización por los tribunales de los mandatos internacionales de protección de esta categoría de derechos en la obtención de pruebas (Llorente Sánchez-Arjona, 2020). En consecuencia, es necesaria una reevaluación de esta corriente jurisprudencial, en aras a evitar una progresiva desvalorización de las garantías procesales y derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento (Garrido Carrillo, 2018).⁵⁶

Frente a esta carencia, dio el TS un primer paso mediante la STS 116/2017, de 23 de febrero (“Caso Falciani”), legitimando parcialmente la admisibilidad de pruebas obtenidas con violación horizontal de derechos fundamentales (esto es, entre particulares) dirigida por un ánimo de lucro (en este caso, publicación de datos bancarios para provocar debate público). El motivo yace en que aquellos “*no personifica(n) el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales[...]*”, por ende, “*no rebasa(n) el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias.[...]*. A lo anterior, añade que “*lo determinante es que nunca, de forma directa o indirecta, haya(n) actuado como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal*”⁵⁷ (F.J. Sexto). Precisamente, de ella se hizo eco la STS 3627/2022 en el ámbito de producción y distribución pornografía infantil. Al respecto, el tribunal desestimó la vulneración del secreto de las comunicaciones en que supuestamente incurrió el proveedor de servicios de la aplicación informática que recopilaba (con fines de denuncia) el material pedófilo que publicaba el recurrente. Según su tenor literal: “*la normativa europea viene autorizando a los proveedores de servicios (como particulares) a almacenar de forma segura el material de abuso sexual de menores en línea [...], para [...] denunciar los hechos, [...] bloquear la cuenta del usuario y/o suspender o poner fin a la prestación del servicio*”⁵⁸ (F.J. Cuarto).

⁵⁵Sino por posibles divergencias internacionales en cuanto a niveles de protección de derechos, de acuerdo a sus tradiciones jurídicas.

⁵⁶Así, por ejemplo, respecto a la interceptación de las comunicaciones y la debida protección de la presunción de inocencia (Artículos 24.2 de la Constitución Española; 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos y 48 de la Carta) de un ciudadano español acusado de difusión de material pornográfico en un proceso sustanciado en Portugal, considerando que, conforme a la normativa procesal penal lusa, no se precisa la ratificación de las actuaciones policiales ante la autoridad judicial (según se desprende del Fundamento de Derecho Decimonoveno de la STS 4777/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 08/10/13). Cendoj. Recuperado de: <https://n9.cl/ticpe> (última comprobación: 24/05/23).

⁵⁷F.J. Sexto de la STS 116/2017, 23 de febrero de 2017. VLex. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/667933841> (última comprobación: 24/05/23).

⁵⁸ F.J. Cuarto de la STS 3627/2022. Cendoj. Recuperado de: <https://n9.cl/n7iko> (última comprobación: 24/05/23).

CONCLUSIONES

Los datos aportados en cada uno de los epígrafes nos han permitido dar cumplimiento al objetivo general de delimitar el conocimiento existente sobre el potencial de la OEI en la investigación transnacional del delito de pornografía infantil. Para su consecución, la investigación se articuló en torno a tres objetivos específicos, de los que se extraen interesantes y trascendentales conclusiones:

1. La OEI ha representado un progreso en la cooperación jurídica internacional, superando las tradicionales limitaciones de ejercicio transfronterizo de la soberanía jurisdiccional. Así, sustentada sobre la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo, sus principales méritos radican en la uniformidad del proceso de obtención de pruebas entre los Estados miembros de la Unión Europea; poniendo a su disposición formularios normalizados, límites garantistas comunes y amplificando la aplicabilidad objetiva, subjetiva y procesal respecto a sus antecedentes normativos. En su conjunto, tales factores han revertido en un refuerzo de la comunitarización y en mayores cotas de seguridad jurídica; de lo que se deriva su elevado nivel de utilización hasta la fecha.

2- Podemos definir la OEI, en definitiva, como un título ejecutivo dictado por autoridades jurisdiccionales, instructoras o fiscales; bien de oficio o bien a instancia del perjudicado por el delito, el propio encausado o sus respectivas asistencias letradas. Funcionalmente, sus ventajas se hallan en la posibilidad de realizar un número indefinido de diligencias de investigación de cualquier naturaleza, en cualquier fase del proceso penal, en el territorio de otro Estado miembro de la Unión y, generalmente, a cargo de este. Nos hallamos, por tanto, ante un instrumento eminentemente flexible; conceptualizado en la DOEI con amplitud para adaptarse a la diversidad procesal penal de los distintos ordenamientos europeos.

3- La aplicación ágil y eficaz de la OEI puede resultar crucial para el procesamiento de delitos cibernéticos; entre ellos, la pornografía infantil. Si bien, existen diversos factores ralentizantes y de difícil control para la identificación de los autores: los propios caracteres extrínsecos del ciberespacio, su participación de ellos de las redes P2P (como principal centro de difusión de pornografía infantil); el anonimato y acceso encriptado a las mismas o la

normalización de estas conductas por algunos perjudicados por el delito (según la Fiscalía General del Estado). En su conjunto, nos sitúan ante entramados delictivos en constante perfeccionamiento, en ocasiones difícilmente franqueables y que exigirán, por tanto, la sinergia de diversos de agentes internacionales (como EUROPOL, el Centro Europeo de Ciberdelincuencia o el Centro Nacional de Niños Desaparecidos y Explotados) y de instrumentos de cooperación internacional más allá de la OEI.

4- En cuanto al tipo penal de pornografía infantil, se ha puesto de relieve que consiste en toda forma de representación de un menor de edad con fines sexuales; real o simulada y con independencia de si el menor se halla emancipado o de su consentimiento. Del mismo modo, se ha comprobado la diversidad de conductas cuya investigación podría ser abarcada por una OEI, comprensivas desde actos específicamente atentatorios de la integridad del menor (captación de menores o producción de materiales pornográficos) hasta otros concebidos como peligros en abstracto (asistencia a espectáculos o posesión de los citados materiales). Las mismas, *a priori*, ofrecerían un amplio margen de aplicación de la OEI para la obtención de pruebas, en conjunción con el flexible carácter procesal que le es inherente. Sin embargo, la última reforma penal operada por LO 10/2022, de 6 de septiembre ha planteado ligeros pero sustanciales cambios en esta materia, entre los que merece especial mención la supresión del concepto “indemnidad sexual”; aunque, como ha sido indicado, los preceptos inadaptados de la norma y la práctica jurídica traslucen una tendencia a la conservación de aquel bien jurídico. Por consiguiente, habrá de estarse a cuál será su impacto en el reto de aproximación de las legislaciones (penales y procesales-penales) entre Estados miembros; que, recordamos, es concebido como un mecanismo supletorio de las deficiencias de los instrumentos de cooperación internacional.

5- Por su parte, el análisis jurisprudencial ha ofrecido escasas resoluciones específicas en la materia, a pesar de la previsible litigiosidad internacional a que pudieran derivar los diferentes niveles de reconocimiento de garantías procesales entre Estados para la práctica de una OEI o las limitaciones prácticas denunciadas por la doctrina. Con todo, la revisión de la literatura existente ha permitido identificar al menos dos claros factores de controversia que, de ser tenidos en cuenta por los afectados, podrían redundar en una evitación de dilaciones procesales y victimizaciones secundarias.

Se trata, en primer lugar, de la consideración del Ministerio Fiscal como autoridad competente para la práctica de la OEI, donde se ha deducido su plena habilitación para la emisión, su capacidad de ejecución de la misma (a excepción de medidas invasivas de derechos fundamentales) y su falta de habilitación para el planteamiento de cuestiones prejudiciales atinentes a la procedencia de emisión de una OEI. La consecuencia que se desprende de ello es la incapacidad de trasladar al derecho procesal interno la amplitud competencial reconocida en la DOEI, en aras a preservar la estructura funcional y orgánica ya articulada; pese a que pudiera fortalecer el sistema de persecución transnacional de ciertos delitos, como el aquí estudiado.

De esta suerte, la normativa procesal penal actual no permite extraer de esta institución todo su potencial, al quedar limitadas las facultades de emisión (por tanto, su condición de “autoridad judicial”) a los procesos penales de menores (teniendo en cuenta que el perfil de agresor del artículo 189 CP es frecuentemente el de un adulto) y a las diligencias preliminares en el procedimiento penal abreviado, siempre que no comporten violación de derechos fundamentales (por ejemplo, interrogatorio de testigos frente a registros de equipos informáticos). Esta realidad se alza sobre la esperable mayor participación procesal que le otorgaría su condición de instructor en la jurisdicción de menores o su facultad de promover la defensa y representación de sujetos necesitados de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En segundo lugar, en materia de admisibilidad de la prueba penal transfronteriza, la eventual extensión analógica de la “doctrina Falciani” a los casos de pornografía infantil pone en jaque nuestro sistema de garantías y derechos procesales del investigado. Siendo así, a nadie se resiste la observación de que nos hallamos ante una excepción éticamente cuestionable porque, al menos desde un plano teórico, incita/ permite libremente al ciudadano atentar contra derechos fundamentales de otros particulares en la búsqueda de la verdad material. Por consiguiente, podría constituir un subterfugio para la investigación pública de delitos en situaciones dificultadas por la condición de autoridad. Por ejemplo, una hipotética extorsión o colaboración policial forzada de técnicos informáticos para desempeñar labores de agente encubierto informático en una red de intercambio de material pornográfico, complejizando con ello la identificación. Este recurso, sin duda, podría verse potenciado por la fundamentación en los “descubrimientos casuales”. Pero, de manera más alarmante, cabe preguntarse cómo podrían conjugarse dicha tendencia jurisprudencial con los deberes de

confidencialidad y protección de datos personales impuestos por la propia DOEI en sus artículos 19 y 20; aspecto que sugiero como futura línea investigativa.

Frente a este escenario de riesgo, personalmente, parece más halagüeño confiar en el principio de libre valoración de la prueba del juez y su posible detracción de la doctrina de nuestro Alto Tribunal, motivándola en la singularidad de las circunstancias de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Al mismo tiempo, la propuesta europea de la Orden de Entrega y Conservación de prueba electrónica se postula como una excelente oportunidad para la transmisión ágil de este tipo de registros de los proveedores de servicios, mediante la solicitud judicial directa a los mismos y sin necesidad de respaldarse en un constructo jurisprudencial altamente cuestionado por la doctrina. Entre sus ventajas, Laro González (2022) nos señala su complementariedad de la OEI y su carácter limitado de la conservación de datos electrónicos al momento de recepción del certificado; presentando como inconveniente la circunscripción a proveedores radicados en Europa o que presten sus servicios en dicho continente (p.7)⁵⁹.

Si bien es cierto que no deja de ser llamativa la escasa diferencia temporal entre la preclusión del plazo de transposición de la DOEI (mayo de 2017) y la presentación de dicha propuesta (abril de 2018⁶⁰); lo que podría denotar una previsión tardía de las insuficiencias de este instrumento de cooperación. Aunque cabe razonar que la verdadera lógica subyacente a esta evolución en el proceso de obtención de pruebas ha consistido en la creación de la DOEI como un paso intermedio; un mecanismo preparatorio para los ordenamientos internos de lo que en el futuro constituiría una medida comunitaria más extrema (la Orden de Entrega y Conservación de prueba electrónica). Lo anterior, por cuanto que era preciso sentar un pacto o concepción común de proporcionalidad (ver artículo 6 DOEI) de las medidas de obtención de pruebas solicitadas, para evitar posibles abusos ante un posterior amplio reconocimiento de solicitudes que no requerirían superar controles *ex ante* de una autoridad judicial.

⁵⁹Laro González, E. (2022). Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas. *Revista de Estudios Europeos*. Vol, 79.Pp. 292-293.

⁶⁰Portal web del Consejo Europeo. Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/e-evidence/> (última comprobación: 24/04/23).

REFERENCIAS

Bibliografía

- San Juan Guillén, C. (2013). Criminología ambiental: un área en expansión. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1.
- Consejo General del Poder Judicial. (2021). *Los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea en la Estadística Judicial*. 2021. Datos de Justicia. Boletín de Información Estadística, núm. 91- abril 2022. Recuperado de: <https://n9.cl/es16i2>
- Eurojust (2021). *Informe Anual de Eurojust*. Recuperado de: <https://n9.cl/svast>
- EUROPOL (2020). *Exploiting isolation: sexual predators increasingly targeting children during COVID pandemic*. Recuperado de: <https://onx.la/7246d>
- Goitía, F. (14/07/21). El mapa del horror: cada punto es un pederasta. *ABC*. Recuperado de: <https://onx.la/b406c>
- Comisión Europea (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores*. Recuperado de: <https://n9.cl/q0s13>
- Laro González, E. (2021). *La Orden Europea de Investigación en el Espacio Europeo de Justicia*. Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (2013). *El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa 5ª Edición en Auxilio Judicial. Módulo I*. Red Europea de Formación Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de: <https://n9.cl/4v16t>
- Arangüena Fanego, C. (2017). Orden Europea de investigación: próxima implementación en España del Nuevo Instrumento de Obtención de prueba penal transfronteriza. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 58. Recuperado de: <https://n9.cl/slg8o>
- Conclusiones 33 y 36 de la Presidencia del Consejo Europeo respecto al encuentro celebrado en Tampere (15 y 16/10/99). Recuperado de: <https://n9.cl/rwvfd6>
- Consejo Europeo (20/06/19). *Proteger a los ciudadanos y las libertades en Una Nueva Agenda Estratégica (2019-2024)*. Nota de prensa. Recuperado de: <https://n9.cl/b9ko5>
- Biblioteca digital Lawi (31/05/17). *Orden Europea de Investigación en Materia Penal*. Recuperado de: <https://n9.cl/y1bha>.

- Tinoco Pastrana, Á. (2018). La transposición de la Orden Europea de Investigación en materia penal en el ordenamiento español. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*. Vol.3. P.116-119. Recuperado de: <https://core.ac.uk/reader/185608720>
- Vicente Pacho, L. (2016). *Orden Europea de Investigación* [TFG]. Universidad de Salamanca.
- Real Academia Española (sin fecha; en adelante. s.f.). Ciberdelito en *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es/ciberdelito>
- Ministerio de Interior (2021). *Informe sobre Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Recuperado de: <https://n9.cl/2ozpk>
- Fiscalía General del Estado (2022). *Memoria elevada al gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado el Excmo. Sr. Álvaro García Ortiz*. Ministerio de Justicia.
- Miró Llinares, F. (2011). La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm.13-07, p. 07:1-07:55.
- De la Rosa Cortina, J.M. (2011). *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Tirant lo Blanch.
- De la Iglesia Fernández, J. (2020). *Los delitos relacionados con el uso de pornografía infantil y las TICs* [TFM]. Universidad de Castilla y León.
- Ramos Romero, M. y Pascual Franch, A. (2020). *El Perfil del Consumidor de Imágenes de Abuso Sexual Infantil: Semejanzas y Diferencias con el Agresor offline y el Delincuente Dual de Sotoca-Plaza, A.* Anuario de Psicología Jurídica. Vol. 30. Núm. 1. - 2020. Pp. 21 - 27. Colegio Oficial de Psicología de Madrid.
- Portero Castells, C. (2020). *El paso de la conducta online a offline en los consumidores de pornografía infantil: El fenómeno de los agresores duales* [TFG]. Universitat Autònoma de Barcelona.
- Gómez Rivero, M^a C. (2018). *Lección XIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I*. Tecnos.
- Molina Fernández, F. (2022). *Capítulo 9. Dolo, imprudencia y error en Penal. 2023. Memento Práctico*. Francis Lefebvre.
- Rodríguez Tirado, A. (2018). Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de child grooming y de su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de

- investigación tecnológicas. Revista de derecho procesal *Justicia*. ISSN 0211-7754, Vol. 1, 2018, pp.137-200.
- Uriarte Valiente, L.M. (s.f.). *Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro*. Recuperado de: <https://n9.cl/bw1p8>
- Velayos Martínez, M.I. (2018). *La Orden Europea de Investigación. Curso Proceso Penal. Cuestiones actuales* (05-06/07/18), [Presentación Power Point]. D'estiu Rafael Altamira. Universidad de Alicante. Diapositiva 10. Recuperado de: <https://n9.cl/x3hgus>
- Casanova Martí, R. y Cerrato Guri, E. (2019). La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº 23, Nº 62, 2019. ISSN 1138-4026, pp. 197-232.
- Llorente Sánchez-Arjona, M^a.M. (2020). *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al derecho español*. Tirant lo Blanch.
- Garrido Carrillo, F.J. (2018). Insuficiencias y limitaciones de la Orden Europea de Investigación (OEI). *Revista de Estudios Europeos*. Nº extraordinario monográfico (1-2019). Pp. 220-222. Recuperado de: <http://www.ree-uva.es/>
- Laro González, E. (2022). Prueba penal transfronteriza: de la orden europea de investigación a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas. *Revista de Estudios Europeos*. Vol, 79.Pp. 292-293.
- Laro González, E. (2023). Luces y sombras de La Orden Europea de Investigación. *Revista de Estudios Europeos*, n.º Extraordinario monográfico 1 (2023): 129-144. ISSN 2530-9854.
- Portal web del Consejo Europeo. Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia. Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence>

Normativa

- Convenio de Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23/11/01 y vigente en España desde el 01/10/03. Disposición 14221 del BOE núm. 226 de 2010. (2010, September 17). BOE.es. Recuperado de: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/09/17/pdfs/BOE-A-2010-14221.pdf>
- Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal de 1959 (CEAJP). BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166 a 25174. Recuperado de: <https://n9.cl/i42t5>

- Convenio de Asistencia Judicial entre los Estados miembros de la Unión de 2000 (CAJEM). BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2003, pp. 36894 a 36904. Recuperado de: <https://n9.cl/mh0d9>
- EUR-Lex (13/11/09). *Programa de La Haya: 10 prioridades para los próximos cinco años*. Recuperado de: <https://n9.cl/3tcsx>
- EUR-lex (16/03/03). *Programa de Estocolmo*. Recuperado de: <https://n9.cl/3a7lv>
- Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo (03/04/14) relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130 de 1.5.2014). Recuperado de: <https://n9.cl/xr2m0>
- EUR-lex (2016). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 202 de 7.6.2016). Recuperado de: <https://n9.cl/ggsc>
- 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. Portal web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Recuperado de: <https://n9.cl/riehj>
- Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. Referencia: FIS-C-2015-00002.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE. núm. 215, de 07 de septiembre de 2022). Referencia: BOE-A-2022-14630.
- Constitución Española de 1978.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1999.

Jurisprudencia

- STJUE de 08/12/20 (Asunto C-584/19). Curia. Recuperado de: <https://n9.cl/71cxz>
- STJUE de 02/09/21 (asunto C- 66/20). Curia. Recuperado de: <https://n9.cl/idyho>
- STJUE 16/12/21 (asunto C-724/19). Curia. Recuperado de: <https://n9.cl/6811v>
- STS 480/2009, 22 de Mayo de 2009. VLex. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/60286398>
- STS 4777/2013, de 8 de octubre de 2013. Cendoj. Recuperado de: <https://n9.cl/ticpe>
- STS 116/2017, 23 de Febrero de 2017. VLex. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/667933841>
- STS 3627/2022. Cendoj. Recuperado de: <https://n9.cl/n7iko>