

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
GRAN SALA

**CASO SÖDERMAN c. SUECIA**  
**(Demanda no 5786/08)**

**SENTENCIA**

Estrasburgo

12 de noviembre de 2013

TRADUCCIÓN DE ALEJANDRO JESÚS PALACIOS JIMÉNEZ<sup>4</sup>

---

4 Estudiante de Relaciones Internacionales y Derecho, Universidad de Navarra

## En el asunto Söderman c. Suecia,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Gran Sala compuesta por:

- Josep Casadevall, presidente,
- Guido Raimondi,
- Ineta Ziemele,
- Isabelle Berro-Lefèvre,
- Corneliu Bîrsan,
- Boštjan M. Zupančič,
- Mirjana Lazarova Trajkovska,
- Ledi Bianku,
- Zdravka Kalaydjieva,
- Kristina Pardalos,
- Julia Laffranque,
- Paulo Pinto de Albuquerque,
- Linos-Alexandre Sicilianos,
- Erik Møse,
- Helen Keller,
- Helena Jäderblom,
- Johannes Silvis, jueces,
- y Erik Fribergh, secretario,

Después de haber deliberado en privado el 3 de abril de 2013 y el 25 de abril de 2013, pronuncia la siguiente sentencia, que fue adoptada en

esta última fecha:

[...]

## **VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE**

El caso Söderman plantea tres preguntas jurídicas fundamentales, a saber, la obligación internacional de tipificar los videos o fotografías no consentidas; los límites de una interpretación evolutiva del derecho penal de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado demandado; y el valor jurídico de la Convención Europea de Derechos Humanos (“La Convención”) como fundamento legal para la concesión de indemnizaciones por daño moral. Coincido con la mayoría en que se ha producido una violación al artículo 8, aunque por razones diferentes. Además, yo habría tratado de manera separada la queja al amparo del artículo 13 junto con el artículo 8 y habría encontrado una violación de éste.

### **La obligación internacional de criminalizar filmaciones y fotografías no consentidas**

La Convención garantiza el derecho a la protección de la propia imagen. Filmar o fotografiar a una persona sin su consentimiento viola la esencia de los derechos de esa persona, ya que la imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, puesto que la imagen demuestra las características únicas de la persona, que la distingue así mismo de sus homólogos. Por ello, el derecho a la protección de la propia imagen es uno de los componentes esenciales en el desarrollo personal<sup>1</sup>. El ámbito de protección de este derecho es definido ampliamente para incluir todas aquellas situaciones en la cual la imagen de una persona es capturada sin su conocimiento y/o consentimiento y sin importar que la persona se encuentre en un contexto privado. Este derecho también abarca el uso no autorizado por parte del infractor o la autorización de uso por parte del infractor a terceras personas, de imágenes que hayan sido obtenidas

nidas de manera ilícita<sup>2</sup>.

La protección de la imagen personal contra el abuso de otros es una obligación de los Estados Parte, los cuales deben prevenir que ocurran dichas violaciones y facilitar mecanismos de actuación en caso de que la violación ya haya ocurrido<sup>3</sup>. Los Estados no tienen facultades discrecionales cuando se trata de proporcionar la reparación. Allá donde una faceta particularmente importante de la personalidad individual esté en juego, el margen de apreciación por parte del Estado es reducido<sup>4</sup>.

La obligación de criminalizar la pornografía infantil deriva del artículo 16, 19 y 34 (c) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup> y el artículo 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de menores, prostitución infantil y pornografía infantil<sup>6</sup>. Los artículos 6 y 7.1 de la Convención sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (no. 182) de la Organización Internacional del Trabajo obliga a los Estados Parte a avanzar en la eliminación, con las sanciones penales necesarias, la venta de menores, la prostitución infantil y la pornografía infantil, incluyendo el uso, reclutamiento u oferta de un niño para la prostitución para la producción de pornografía o para la participación en espectáculos pornográficos<sup>7</sup>. La criminalización de la pornografía infantil es también obligatoria bajo el artículo 20 de la Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los niños contra la Explotación y el Abuso Sexual<sup>8</sup>, y el artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia<sup>9</sup>. El Consejo de la Unión Europea adoptó en 2003 la Decisión Marco para combatir la explotación sexual de menores y la pornografía infantil (2004/68/JAI) de acuerdo a la cual los Estados Parte están obligados a criminalizar la producción, distribución, divulgación, transmisión, provisión o facilitar la disponibilidad, adquisición y posesión de pornografía infantil y a proveer un nivel mínimo de penas máximas para estos delitos<sup>10</sup>. El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2011/93/EU del 13 de diciembre de 2011 sobre medidas para combatir el abuso y la explotación sexual de niños y la pornografía infantil. Esta Directiva sustituyó la Decisión Marco 2004/68/JAI, pero man-

tuvo la obligación de criminalizar tales actividades<sup>11</sup>. En Europa, 41 países han criminalizado la pornografía infantil; y en Estados Unidos tanto la ley federal como la ley de los 50 estados prevén el mismo tipo de delito<sup>12</sup>. A la vista del amplio consenso y de la práctica constante, la criminalización de la pornografía infantil, a saber, cualquier representación, por cualquier medio, de un niño formando parte en actividades sexuales ya sean reales o simuladas, o cualquier representación de las partes sexuales de un niño principalmente con intenciones sexuales es actualmente parte del derecho internacional consuetudinario, y vinculante para todos los Estados.

Estas obligaciones de criminalizar no son nuevas bajo la Convención. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“El Tribunal”) ya ha considerado que la violación<sup>13</sup>, el trabajo forzoso<sup>14</sup>, el ataque intencionado contra la integridad física de una persona<sup>15</sup>, el tráfico de personas<sup>16</sup> y la revelación de información confidencial<sup>17</sup> deben ser criminalizados<sup>18</sup>, pero no así las violaciones negligentes al derecho a la vida y a integridad física<sup>19</sup>. Con relación a los niños, el Tribunal ha establecido el principio de que cualquier atentado intencionado contra el bienestar físico y moral de los niños deben ser criminalizados<sup>20</sup> y castigados con penas disuasorias<sup>21</sup>. La pornografía infantil está entre ellas, más teniendo en cuenta su debida censura ética y su reprobación bajo el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados. Sin embargo, teniendo en cuenta el umbral de explicitación de los actos descritos y el propósito sexual requerido del autor, este delito penal está sujeto a problemas probatorios. Por ello, para dar al niño una protección plena y efectiva, la filmación encubierta de niños, con o sin un propósito sexual por parte del delincuente, y dentro o fuera de un plató pornográfico, deben ser criminalizados. Esta criminalización va acorde con las garantías previstas en la Convención sobre la protección del derecho a la imagen del niño y de la prohibición internacional mayoritaria de cualquier tipo de abuso o violación de las diferentes facetas de la personalidad del menor, las cuales incluye su propia imagen.

Además, por principios, los adultos merecen la misma protección legal que los menores. No hay una razón lógica por la cual criminalizar el

abuso a la imagen del menor y no así a la imagen de un adulto, o viceversa. No sería razonable que la violación a la imagen de un adulto tenga per se un menor peso ético que la de un menor. Todos son seres humanos, con el mismo derecho personal a la protección de su propia imagen. De hecho, en algunos casos es extremadamente difícil distinguir un adulto de un menor, y la inseguridad sobre la edad de la víctima no debe impedir el enjuiciamiento criminal. Por ello, garantizar el derecho de la Convención de proteger la propia imagen requiere de la penalización de filmaciones y fotografías no consensuadas tanto de niños como de adultos<sup>22</sup>.

### **El marco legal de Estado demandado**

En el momento de los hechos, teóricamente había dos provisiones penales que podían, en teoría, ser aplicadas a los hechos: abuso sexual (Capítulo 6, artículo 7 del Código Penal) y pornografía infantil (Capítulo 16, artículo 10<sup>a</sup>.1, del mismo Código)<sup>23</sup>.

El abuso sexual presupone una acción específica por parte del perpetrador, a saber: (a) tocamientos a niños menores de 15 años; (b) incitar a un niño a participar en una acción con implicaciones sexuales; (c) inducir a un niño de entre 15 y 18 años, mediante coerción, seducción o cualquier otra influencia inapropiada, a participar en actividades pornográficas; (d) exhibirse; (e) comportarse de manera indecente. En cualquier caso, la ofensa requiere tanto el conocimiento de la víctima de la conducta del perpetrador en el momento en que está teniendo lugar la ofensa, así como la intención del agresor de que la víctima sabe de su conducta. Esto significa que el núcleo del delito radica en la conducta inapropiada del agresor frente a la víctima, con el conocimiento de ésta.

La pornografía infantil también presupone una acción específica por parte del agresor, como retratar a un menor en una escena pornográfica; o estar en posesión de dicha escena. El delito implica que el desarrollo puberal del menor esté incompleto o que sea evidente por la imagen o por las circunstancias asociadas que el niño es menor de edad. Este crimen se castiga cuando la ofensa se haya consumado o haya sido en grado de ten-

tativa (Capítulo 16, artículo 7, y Capítulo 23, artículo 1). En Suecia no hay una definición jurídica precisa de pornografía infantil, pero en la ley gubernamental que contenía esta provisión se especificaba que “no se trata de criminalizar toda exposición de niños desnudos o todas las imágenes en las cuales se puedan apreciar los genitales de un menor, incluso si estas imágenes puedan estimular los instintos sexuales de algunas personas. Para que una imagen sea considerada ilegal, es fundamental que ésta sea pornográfica de acuerdo a la visión y valores generales”<sup>24</sup>. Es obvio que una formulación tan restrictiva no cubre las obligaciones internacionales del Estado demandado, habida cuenta que éstas prevén la penalización de toda exposición de las partes sexuales de un menor, principalmente con fines sexuales.

Por último, el derecho penal sueco no tipificaba como delito, en el momento de los hechos, la toma de fotografías o videos no consensuados. La tipificación por analogía del abuso sexual como un crimen en detrimento del demandado fue evidentemente descartada. Después de la enmienda al Código Penal en abril de 2005, la Comisión de Abusos Sexuales consideró que el nuevo Capítulo 6, artículo 10.2 del Código Penal sueco incluía acciones dirigidas a personas inconscientes o dormidas, y que por eso podría comprender también la filmación de una persona de manera sexualmente invasiva<sup>25</sup>. No obstante, esta discutible interpretación no prevaleció en la práctica judicial. El Gobierno no proveyó al Tribunal ninguna jurisprudencia que respaldara esta línea interpretativa. Además, el propio Gobierno reconoció que se necesitaba más enmiendas al Código Penal a fin de criminalizar la conducta del demandado. Esta es la razón por la cual se aprobó de manera reciente una ley contra la fotografía y filmaciones intrusivas. De hecho, esta iniciativa legislativa solo puede interpretarse como una confesión del Gobierno de la existencia de lagunas legales en el sistema penal doméstico<sup>26</sup>. Queda ver si esta carencia afecta a la protección requerida

por los derechos derivados de la Convención.

### **La aplicación del derecho penal por las autoridades nacionales**

El fiscal escogió acusar al demandado de abuso sexual. Éste resultó ser el delito erróneo, ya que la conducta del demandado no se podía calificar de abuso sexual: no hubo tocamientos, ni incitación, ni coerción, ni seducción, ni influencia inapropiada, ni exposición o comportamiento indecente por parte del demandado. Además, el demandante no pudo probar la intención criminal de la grabación. El Gobierno mantuvo que éste fue un problema probatorio pero el demandante respondió que, en contra, este era un problema de una interpretación errónea del derecho penal por parte de la fiscalía. El demandante tiene razón, pues el elemento subjetivo requerido del delito de abuso sexual (es decir, la intención del delincuente de que la víctima es consciente de la conducta ilegal mientras esté teniendo lugar) es incompatible per se con cualquier acto de filmación o fotografía encubiertas.

La fiscalía no imputó al demandado por el delito de pornografía infantil. No se esgrimió ninguna razón para la adopción de este enfoque. El Gobierno supuso que fue porque no hubo ninguna filmación ni ninguna prueba material de la consumación del delito. Como el demandante argumentó, estaba claro que la inexistencia de una grabación no impedía los cargos por pornografía infantil en grado de tentativa, especialmente en un caso donde el demandado confesó los hechos y hubo dos testigos: la víctima, que descubrió la filmación, y su madre, que la destruyó. La confesión fue, por tanto, respaldada por suficiente evidencia adicional. Por ello, tampoco no hubo problemas de prueba en relación con el delito de pornografía infantil.

Mientras que el delito por abuso sexual no puede ser aplicado a los hechos del caso, el de pornografía infantil en grado de tentativa pudo haber garantizado el derecho del demandante a la protección de su imagen amprado por la Convención en caso de que la Corte de Apelación hubiese dictado sentencia conforme a las obligaciones internacionales de Suecia.



Aunque admitió que el delito por pornografía infantil en grado de tentativa era, en teoría, aplicable a los hechos, el Tribunal de Apelación no estaba dispuesta a hacer una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil, y prefirió seguir la interpretación histórica de la correspondiente disposición incriminatoria en base a los trabajos preparatorios del Código Penal antes mencionado. Esa construcción del delito de pornografía infantil que adoptó el Tribunal de Apelación, la cual iba en línea con la práctica de la Corte Suprema y el punto de vista del Gobierno, no pudo reparar en modo alguno a la víctima.

De hecho, el Tribunal de Apelación tuvo dos alternativas para garantizar el derecho de la víctima a la protección de su imagen: o adoptar una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil, corregir la errónea caracterización legal que se le habían dado a los hechos por parte del juzgado en primera instancia y condenar al demandado por el delito de pornografía infantil en grado de tentativa; o quedarse en la interpretación histórica del concepto de pornografía infantil y absolver al demandado, pero al menos garantizar compensación por daños morales, como pidió el demandante sobre la base de la violación de su integridad personal por la conducta de su padrastro.

### **El cambio de caracterización legal del delito**

La primera alternativa pudo haber sido perseguida bajo el Capítulo 30, artículo 3, de la Ley de Enjuiciamiento: cuando se está examinando una queja, los tribunales nacionales no están sujetos por la caracterización legal del delito o las provisiones aplicables a la ley. En Suecia, como en muchos países europeos, el juzgado penal está sujeto por los hechos de la imputación, pero no por la caracterización legal del delito<sup>27</sup>.

El hecho es que los tribunales nacionales no usaron el poder que tenían bajo el Capítulo 30, artículo 3, de la Ley de Enjuiciamiento. Los tribunales nacionales no dieron ninguna razón para no usar esta alternativa, aunque podrían haberlo usado por iniciativa propia. A pesar de las restrictivas intenciones del legislador sueco cuando introdujo el delito de

pornografía infantil, como reflejaba en los trabajos preparatorios, los tribunales nacionales pudieron, y debieron, haber adoptado una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil para incluir cualquier representación de los miembros sexuales de un menor principalmente con propósitos sexuales. Una interpretación evolutiva del derecho penal es aceptable siempre y cuando el resultado sea consistente con la esencia del delito y sea razonablemente previsible. Esta interpretación estaría acorde con las obligaciones internacionales de Suecia y los principios generales de interpretación del derecho penal<sup>28</sup>. Los hechos imputados al padrino del demandante serían suficientes para imputarle ese delito en forma de pornografía infantil en grado de tentativa: las imágenes de una niña de 14 años desnudándose antes de darse una ducha en un contexto ordinario ciertamente se incluye dentro del concepto de “cualquier representación de los órganos sexuales de un menor” y el padrino de la demandante completó todos los requerimientos necesarios para obtener imágenes de las partes sexuales de un niño con propósitos principalmente sexuales, que finalmente no obtuvo debido a que la chica descubrió la cámara oculta de manera fortuita<sup>29</sup>. No era necesaria ninguna referencia adicional a la pornografía dentro del escrito de acusación, pues ésta ya incluía todos los requerimientos necesarios para la imputación del delito de pornografía infantil en grado de tentativa, interpretado a la luz de las obligaciones internacionales de Suecia anteriormente mencionadas. Dependía de los tribunales nacionales el cambiar la caracterización legal del delito y adoptar una interpretación evolutiva del concepto de pornografía infantil compatible con las obligaciones internacionales de Suecia<sup>30</sup>. Los tribunales nacionales no tomaron ninguno de esos caminos, dejando sin castigo una conducta extremadamente reprobable que debería haber sido castigada a la luz de las obligaciones internacionales del Estado demandado. A la inercia del legislador para aclarar la situación jurídica, los tribunales añadieron su renuencia a aplicar el derecho penal de acuerdo con el canon de la interpre-

tación evolutiva.

### **La compensación por daños morales en base a la Convención**

Asumiendo, en aras de la argumentación, que la primera alternativa no fuera una opción legal disponible en el presente caso, de acuerdo con la interpretación histórica del precepto penal de la pornografía infantil, la alternativa a garantizar el derecho de la víctima a la protección de su imagen pudo haber sido la indemnización por daños morales. De hecho, la demandante se refirió a los hechos descritos en la imputación que pudo causar el dolor y el sufrimiento de la víctima e incluso aportó pruebas independientes de la naturaleza y el alcance del perjuicio que había sufrido.

La base legal para la indemnización fue el Capítulo 22, artículo 7, de la Ley de Enjuiciamiento sueca<sup>31</sup>. El Tribunal de Apelación no usó este precepto, aunque lo pudo haber usado a iniciativa propia. El Tribunal de Apelación inadmitió la petición de indemnización porque no se probó la existencia de ningún delito, pero tampoco determinó, como pudo haberlo hecho, las medidas civiles. Incluso asumiendo que no hubo delito y que por ello los daños en base al Capítulo 2, sección 3, de la Ley de Responsabilidad Civil no pueden ser indemnizados, el Tribunal de Apelación pudo haber invocado también el Capítulo 2, sección 1, de la misma Ley, que incluye tanto el daño físico y psicológico intencionados como negligentes, con el fin de proveer al demandante de la indemnización por daños. Por no haber hecho eso, sin una razón contundente, el Tribunal de Apelación dejó sin compensación los probados daños sufridos por el demandante<sup>32</sup>.

Por último pero no menos importante, el Tribunal de Apelación rechazó la indemnización en base a la Convención. Este enfoque va en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sueco según la cual en disputas entre individuales no hay responsabilidad civil con base en violaciones a la Convención cuando éstas no constituyan una violación simultánea de la ley nacional. Hay dos razones por las cuales esto es así: la primera, la Convención no puede imponer deberes sobre los individuos, y en segundo lugar, los individuos no pueden prever los fundamentos de la compensa-

ción cuando solamente ha habido quebrantamientos de la Convención<sup>33</sup>.

Esta línea de argumentación se contrapone con el principio de efecto directo de la Convención en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, el principio de subsidiariedad y el principio de interpretación de los derechos humanos de manera que ésta sea lo menos restrictiva con los derechos que la propia ley garantiza<sup>34</sup>. Debido a que la Convención se aplica directamente en el Estado, y sus violaciones deben ser primariamente resueltas por las autoridades nacionales, deberían existir las disposiciones normativas para asegurar la compensación a las víctimas por vulneraciones a la Convención, incluso cuando la ley nacional no haya sido violada. El argumento de imprevisibilidad no se sostiene en tanto que la Convención es parte del derecho nacional y por eso los fundamentos para la compensación que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal son predecibles. La interpretación que el Tribunal hace de la Convención en relación al fundamento de la compensación por quebrantamientos de los derechos amparados por la Convención es tan vinculante para los tribunales nacionales como lo es el resto de la jurisprudencia del Tribunal, y por ello deben ser implementadas por los tribunales nacionales siempre que la ley nacional no pueda proveer tal compensación. Adicionalmente, si los daños concedidos por la violación por parte de un Estado de la Convención son predecibles, incluso donde no haya una provisión específica sobre la responsabilidad civil en la ley nacional, como el Tribunal Supremo de Suecia correctamente admite, lo mismo aplica las compensaciones por violaciones perpetradas por individuos que no sean agentes estatales, como el de este caso<sup>35</sup>. En tal caso, el Estado estaría descuidando sus obligaciones de proteger los derechos amparados por la Convención en caso de que no asegure medios de indemnización civil en circunstancias donde no se puedan aplicar sanciones penales pese a que se trate de una conducta reprochable desde el punto de vista ético y al carácter de punible de la misma desde la óptica del derecho internacional consuetudinario y del derecho de los tratados. Por ponerlo de manera positiva, cuando faltan los remedios penales por tales conductas cometidas por individuos que no sean agentes estatales, los Estados Parte en la Convención deben proveer los remedios

de carácter civil. La obligación la tiene el Estado de proveer un remedio civil efectivo para tratar la sustancia de lo que sería una “queja discutible” por quebrantamiento de la Convención, de acuerdo con el artículo 13 junto con el artículo 8, la obligación no recae sobre los individuos en sí. Por ello, los tribunales nacionales no han conseguido resarcir los daños sufridos por la demandante, a pesar de que había remedios disponibles de carácter civil con base únicamente en la Convención.

### **La aplicación de la normativa europea en el presente caso**

La demandante tenía el derecho a ser protegida y el Estado la obligación de proteger ese derecho. Las partes coinciden en ambos puntos. La disputa entre ambas partes se desenvuelve alrededor de un asunto: la existencia en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado de remedios efectivos por esta violación. Suecia tenía una normativa sobre la pornografía infantil pero su transgresión fue ignorada por los tribunales, los cuales no la reconocieron en el presente caso. Además, el delito fue insuficiente para castigar la conducta del padrino de la demandante debido a una estricta construcción judicial la cual requería una conducta explícitamente sexual de la víctima. En cualquier caso, la ley de 2005 de reforma del delito de abuso sexual, la cual no incluye las filmaciones o fotografías encubiertas, no puede ser en absoluto aplicada al presente caso debido al principio básico de prohibición de retroactividad en detrimento del demandado que se aplica en el derecho penal. Por último, tampoco se otorgó ningún remedio civil, debido a la injustificada negativa por parte del Tribunal de Apelación de aplicar la Ley de Responsabilidad Civil junto con la interpretación estricta del Tribunal Supremo sobre las condiciones de responsabilidad civil basadas en vulneraciones de la Convención. Así pues, no se ha previsto ninguna vía jurídica, en la práctica, para garantizar el derecho de la demandante a la protección de su imagen<sup>36</sup>.

### **Conclusión**

En vista de la obligación de la Convención de criminalizar las fil-

maciones y fotografías no consensuadas sin importar el propósito sexual por parte del delincuente y de indemnizar con base directamente en quebrantamientos del artículo 8, el incumplimiento por parte del legislador nacional de la primera obligación y la falta de voluntad por parte de los tribunales nacionales de satisfacer la segunda, entiendo que se ha producido una violación del artículo 8 considerada aisladamente y en relación con el artículo 13.