



Universidad
Rey Juan Carlos

Facultad de
Ciencias Jurídicas y Políticas

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023-2024

CONVOCATORIA ORDINARIA

TÍTULO: ANÁLISIS DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

AUTOR(A): Paredes Ramírez, Génesis Beatriz

DNI: 02573119V

TUTOR(A): García Sánchez, Beatriz

En Móstoles, a 08 de marzo de 2024

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 3 |
| II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN | 9 |
| A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES | 11 |
| B. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL | 14 |
| III. MARCO CONCEPTUAL | 19 |
| A. CONCEPTO | 19 |
| B. PENAS Y SANCIONES | 23 |
| C. DESAFÍOS LEGALES Y ÉTICOS | 31 |
| IV. CONCLUSIONES | 33 |
| BIBLIOGRAFÍA | 36 |

I. INTRODUCCIÓN

La pornografía infantil no es un fenómeno contemporáneo, ya que se ha registrado a lo largo de la historia, aunque siempre ha permanecido en gran medida oculto al conocimiento público. Sin embargo, con los avances científicos y tecnológicos, se han generado nuevas vías de comunicación entre individuos que, junto con otras innovaciones, no sólo han contribuido al progreso de la civilización, sino que también han propiciado la aparición de formas emergentes de delincuencia, entre las cuales se incluye la explotación sexual infantil en línea.

Esta, tal y como dice Álvaro Écija Bernal¹, se podría definir como el conjunto de actividades mediante las cuales se obtiene un lucro económico a través de la representación audiovisual de menores de edad en conductas sexuales, ya sean reales o simuladas, de forma explícita. También se podría decir que se ha convertido en una de las conductas más reprochables y antisociales que se producen a través de la red.

Se puede considerar pornografía infantil al material audiovisual, en cualquier tipo de soporte, donde se muestren a menores de edad, con independencia de su sexo, en cualquier tipo de actitud sexualmente explícita o meramente erótica. Los delitos relacionados con la pornografía infantil engloban, en la práctica, la simple tenencia de este tipo de material, así como su distribución, exhibición o el hecho de compartirlo con otras personas. En función de la normativa, se pueden prever, además, penas de cárcel más duras si el infractor ostenta alguna relación de parentesco con la víctima.

La expansión de Internet, así como su acceso a la *Dark Web* (nombre que recibe un conjunto de páginas restringidas para su entrada libre que, solo con autorización o a través de ciertos contactos, sistemas proxy, VPN's o autenticación, brindan acceso a páginas con temática ilegal o controvertida)², el correo electrónico y aplicaciones de

¹ Álvaro Écija Bernal, *El ciberespacio, un mundo sin ley* (Wolters Kluwer, 2017), p. 21.

² Écija, op. cit., p. 43.

mensajería instantánea han transformado radicalmente los sistemas de comunicación, dando origen a nuevas modalidades delictivas.

Es imperativo subrayar que el uso de Internet ha experimentado un significativo aumento en una multitud de países alrededor del mundo, dando lugar a una población conectada de manera constante a esta red global. Este fenómeno ha desencadenado una transformación radical en los medios de distribución de contenido, incluida la pornografía infantil.

Las formas tradicionales de difusión de este tipo de material, como las revistas y los vídeos, han sido completamente desplazadas y relegadas a la obsolescencia debido a los nuevos métodos de producción y difusión que ofrece Internet. La rapidez con la que se puede acceder y compartir contenido en línea ha facilitado la propagación de pornografía infantil, planteando desafíos adicionales para la aplicación de la ley y la protección de los menores. Es esencial abordar estas cuestiones mediante estrategias que involucren la cooperación internacional, la implementación de tecnologías de filtrado y vigilancia, así como campañas educativas dirigidas a concienciar sobre los riesgos asociados con el consumo y la difusión de este tipo de material ilícito.

Por todo ello y como enuncia Javier Ribas, en la actualidad, Internet es el mayor medio utilizado para la difusión de mensajes ilícitos, especialmente relacionados con la pornografía infantil y el abuso sexual infantil³.

De este modo, las imágenes o vídeos difundidos pueden haber sido capturados en Indonesia y compartidos en línea desde Filipinas, con los servidores alojados en Johannesburgo, lo que permite el acceso a estas imágenes desde cualquier rincón del mundo. En tales circunstancias, es viable rastrear la dirección IP del dispositivo desde el cual se cargó el contenido pornográfico mencionado anteriormente. Este procedimiento es crucial para asegurar que las redes delictivas no reutilicen

³ Ribas Alejandro, J., «Comercio electrónico en Internet», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Madrid, 2000, pp.136 y 137.

habitualmente el mismo equipo en múltiples ocasiones, fortaleciendo así los esfuerzos por identificar y perseguir a los responsables de la explotación infantil en línea. La capacidad de seguir la pista de las direcciones IP proporciona una herramienta fundamental para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y para los expertos en ciberseguridad en su labor de prevenir y combatir la distribución de material pornográfico infantil en el ciberespacio.⁴

Por tanto, una vez identificada con éxito una dirección IP, ya se conoce el ordenador desde el que se envió la información, aunque es posible que aún no se haya confirmado la identidad del usuario conectado en el momento de la descarga. Esto sólo se podrá conseguir si existe un registro preciso de los usuarios que accedieron a ese terminal.

Para ilustrar este punto, consideremos el caso de un individuo que visita un cibercafé con la intención de cargar imágenes en la red. Para evitar la vigilancia, los piratas informáticos han comenzado a recurrir a teléfonos móviles de prepago como alternativa para conectarse a las redes y evitar ser interceptados o descubiertos. El método que emplean es relativamente simple: en lugar de acceder a Internet mediante conexiones controladas, prefieren utilizar comunicaciones telefónicas prepagas, en las cuales el número de teléfono es identificable, pero el propietario permanece en el anonimato. Este enfoque estratégico representa un desafío adicional para los esfuerzos de vigilancia y persecución de actividades ilícitas en línea, ya que los perpetradores aprovechan las lagunas en los sistemas de identificación y rastreo para operar con mayor impunidad. Ante esta evolución en las tácticas delictivas, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los expertos en seguridad cibernética deben adaptar constantemente sus métodos de detección y prevención para mantenerse un paso adelante de aquellos que buscan explotar las vulnerabilidades del sistema.

No obstante, es importante considerar la posibilidad de rastrear llamadas utilizando la triangulación de señales de las tres torres necesarias para el funcionamiento de un

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para la Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos, Europe 2002, hecho en Bruselas el 26 de enero de 2001 (COM (2000) 890 final).

teléfono. Sin embargo, este método tiene un margen de error de alrededor de 100 metros, lo que dificulta establecer límites precisos. En áreas urbanas muy pobladas, la tarea se vuelve aún más complicada, ya que implica monitorear un gran número de hogares, posiblemente cientos o miles.

En cuanto al tema de la pornografía infantil en internet, es crucial señalar que, según la Asociación Contra la Pornografía Infantil (ACPI)⁵, la mitad de los delitos en línea están relacionados con la producción, distribución y venta de este tipo de material. Esta estadística alarmante resalta la necesidad urgente de implementar estrategias efectivas para combatir este problema y proteger a los niños de la explotación en línea.

La única manera viable de poder erradicar este tipo de delitos es mediante la colaboración y la cooperación tanto administrativa como social, entre los que se incluye al propio Estado, a los proveedores de datos y a los propios ciudadanos, teniendo la obligación de informar a las autoridades competentes en caso de detectar cualquier tipo de archivo de los referidos.

Inclusive de manera nacional, se han atestiguado ejemplos de dicha colaboración. Cabe destacar, así, la clausura que llevó a cabo la Guardia Civil en 2002 de dos páginas webs españolas que se dedicaban a la difusión de pornografía infantil⁶. Dicha web contenía más de 7.000 imágenes de niños y adolescentes que realizaban o simulaban realizar actos sexuales, llegando incluso a simular actos violentos corporales.

Más recientemente, la detención de 121 personas tras intervenir 500 “teras” de contenido pornográfico infantil. Tal y como explica la Policía Nacional en su sala de prensa: “*Se han llevado a cabo 125 registros por toda la geografía española en los que se han intervenido 368 discos duros. El material audiovisual intervenido a los arrestados, 118*

⁵ Fernández Teruelo, J. G., «La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, nº 20, segunda época, 2002, p. 252; XVII Reunión del Grupo de Policía Internacional especializado en pornografía infantil celebrado el 24 de abril de 2002 en Palma de Mallorca.

⁶ <http://www.delitosinformaticos.com/noticias/102077682027655.html>

hombres y tres mujeres, contenía imágenes pornográficas de extrema dureza protagonizadas por menores de edad.”⁷

Lo que realmente es recalable en este punto es que la acción delictiva no es un acto individual, es decir, no es un hecho concreto ocasionado por un sujeto aislado, sino que el delito es organizado, lo que supone que los Estados deban colaborar, no solo desde el punto de vista de localización, sino también desde la perspectiva judicial y policial⁸.

A pesar de ello, la mera adopción de medidas cautelares frente al delito de tráfico de pornografía infantil no es la única solución al problema, pues el delito en sí implica una serie de fases que van desencadenándose, y que en todas ellas se debe acometer el máximo rigor. En primer lugar, se recaban las imágenes de los menores o incapaces, tanto de manera voluntaria como coaccionados, desarrollando los actos sexuales anteriormente relatados. Por otro lado, la siguiente fase comprende la comercialización de este material, dándole una forma más comercial y atractiva. A continuación, la fase de tráfico *per se*, que implica la difusión a terceros del material. Por último, la adquisición por parte del tercero, reconocido como pedófilo.

Este núcleo es la forma comercial más común de la pornografía infantil. Esto se debe a que la forma de distribución y publicidad personal es mucho más peligrosa, por lo que se cree que por Internet se corre menos riesgo. El tipo del delito también puede realizarse en vivo. Este es un caso muy específico de un exhibicionista que, a través de webcam, y mediante pago por adelantado, realiza todo acto que el comprador quiera.

Sobre todos estos extremos, el Derecho penal se debe encargar de crear y aplicar las normas y reglas de actuación, respetando, eso sí, los principios limitadores y los derechos fundamentales de consumidores y usuarios, siempre con la finalidad de combatir y erradicar dicha práctica. De esta manera, el Derecho penal español está

⁷ Policía Nacional, *Sala de prensa* (2023):
https://www.policia.es/_es/comunicacion_prensa_detalle.php?ID=15956#

⁸ Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, 2000/375/JAI.

íntimamente ligado al derecho de la Unión Europea, que mediante directrices, recomendaciones y decisiones busca crear una red de alianzas para la pronta detección de cualquier hecho que se asemeje a los descritos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN

La inclinación sexual de los adultos hacia los menores ha sido una preocupación constante a lo largo de la historia y se ha manifestado en diversos contextos culturales, trascendiendo la categoría de los pedófilos. Desde los relatos sobre la sexualidad adolescente en el siglo XIX hasta la introducción de la fotografía, que facilitó la producción, comercialización y recopilación de imágenes sexuales de niños, este fenómeno ha perdurado a lo largo del tiempo.

Desde la década de 1980, los cambios legislativos relacionados con la protección de los menores y la prohibición de estos actos comenzaron a reconocer a las víctimas, si bien no fue hasta la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en 1989 donde se proyectó el carácter supranacional del problema y la gravedad de los daños generados a las personas afectadas⁹.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha sido empleada a nivel global como instrumento para promover y resguardar los derechos de la infancia. Desde su ratificación, se han evidenciado avances significativos en la protección y cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños en todo el mundo. Estos avances se reflejan especialmente en áreas cruciales como la supervivencia, la salud y la educación, mediante la provisión de bienes y servicios esenciales. Además, se observa un creciente reconocimiento de la importancia de establecer entornos protectores que salvaguarden a los niños de la explotación, el abuso y la violencia.

Un ejemplo concreto de este progreso es la entrada en vigor, en el año 2002, de dos Protocolos Facultativos adicionales a la CDN. El primero se centra en la prevención de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, mientras que el segundo aborda la participación de los niños en los conflictos armados. Estos protocolos representan un paso significativo hacia la protección integral de los

⁹ Gil Gil, A., Núñez Fernández, J., «A propósito de ‘La Manada’: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Ejemplar dedicado a las Huellas de «La Manada»), n. 77, octubre, 2018, pp. 4-17.

derechos de la infancia y demuestran el compromiso colectivo de la comunidad internacional para salvaguardar el bienestar y la dignidad de los niños en todo el mundo.¹⁰

Los mecanismos de distribución de pornografía infantil se desarrollan a lo largo de la historia, y con la aparición de una era digital, se desencadena un salto cualitativo y cuantitativo en el movimiento de este material.

Así, con la proliferación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, surge una nueva realidad en la que los delincuentes han encontrado oportunidades para recopilar y distribuir material ilegal. En este contexto, tanto la policía como los investigadores se han visto obligados a emplear medidas de investigación y detección para hacer frente a esta problemática creciente.

Resulta imperativo que la legislación se adapte y se desarrolle en paralelo con estos avances tecnológicos, con el fin de salvaguardar y proteger los derechos de todos los ciudadanos y residentes, adquiriendo una urgencia particular en lo que concierne a la protección de los menores, quienes son especialmente vulnerables en este entorno digital en constante evolución.

Es crucial reconocer que, lamentablemente, los delincuentes suelen adelantarse a los investigadores en la utilización de tecnologías y estrategias para perpetrar actividades ilícitas en línea. Por tanto, es necesario que las autoridades competentes se mantengan al tanto de estos avances y estén preparadas para adaptarse con agilidad a los desafíos que presentan. La colaboración entre sectores público y privado, así como el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación internacional, son aspectos fundamentales para abordar de manera efectiva la delincuencia en línea y garantizar la seguridad y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

¹⁰ UNICEF Comité Español, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 2006, pp. 6-7.

Debemos partir en este momento del concepto “corrupción de menores”, que, pese a ser un concepto vago, engloba todos los delitos analizados en el presente trabajo¹¹. Así, está configurado sin tener en cuenta las exigencias del principio de rigor que vulnera la claridad jurídica cuyos límites necesariamente deben determinar jueces y tribunales.

El concepto no está claramente definido y la inseguridad jurídica que genera es mucho mayor. Por ello, abordamos este concepto con referencia a una variedad de fuentes: históricas, doctrinales, legislativas y jurídicas.

1. Antecedentes históricos y doctrinales

Desde una perspectiva histórica, es importante destacar que la regulación del delito de corrupción, particularmente en relación con menores, tiene sus raíces en la legislación española desde el año 1822. Este aspecto se encuentra contemplado dentro de los artículos 536 a 542 del Código Penal de aquel entonces, los cuales abordaban los denominados "delitos contra las buenas costumbres".

Posteriormente, en el año 1848, se produjo una nueva regulación del delito, incluyéndolo en el artículo 357 del Código Penal, bajo la categoría de "delitos contra la honestidad". Esta disposición se mantuvo vigente tanto en la reforma de 1859 como en la de 1870.

En el año 1928, el legislador español introdujo una diferenciación significativa entre dos tipos delictivos, considerando exclusivamente la edad de la víctima. Esta distinción quedó plasmada en el artículo 77 cuando la víctima era menor de 18 años, y en el artículo 609 cuando, aunque la víctima fuera mayor de 18 años, no superara los 23 años. Esta disposición se mantuvo inalterada en la reforma de 1932, conservando exactamente la misma regulación.

En la reforma de 1989, llevada a cabo bajo el marco de la actual Constitución de 1978, se realizó un cambio significativo al modificar el nombre del título como "delitos contra la libertad sexual", reflejando una conceptualización más amplia y acorde con los

¹¹ Orts Berenguer, E., “Compendio de Derecho Penal. Parte general 10ª ed. Tirant lo Blanc, 2023. Pp. 320 y ss.

principios contemporáneos de protección de los derechos individuales. Es importante destacar que, dentro de esta reforma, se mantuvo la consideración de los menores de 18 años como las principales víctimas de este tipo de delito.

Lo que no cambió desde la primera de las redacciones es la concepción del delito de corrupción de menores como aquella acción tendente a corromper al menor hacia un camino de perversión, vicio y depravación sexual. A partir de la última reforma de 1989, y en coherencia con la nueva Constitución, dicha concepción del delito fue muy criticada, pues de la referida redacción anterior se desprendería cierto toque moral, tendente a seguir unas pautas sociales mayoritarias, sin atender si las actitudes provocadas pudieran atentar contra la libertad sexual¹².

Varios autores han propuesto una serie de definiciones con el objetivo de eliminar las connotaciones morales asociadas al concepto de corrupción de menores. Estas definiciones buscan ajustarse al nuevo bien jurídico protegido, que es la libertad sexual. En este sentido, el delito se define como la realización de actos de naturaleza sexual con un menor de edad, los cuales causan o tienen el potencial de causar un perjuicio en su desarrollo sexual. Esta conceptualización refleja una comprensión más precisa y actualizada de la gravedad y las implicaciones de este tipo de conductas.

Por su parte, la doctrina se ha centrado en diferenciar los conceptos de prostitución y corrupción, siendo el de corrupción un concepto demasiado amplio que puede, incluso, acoger al primero, implicando actos de naturaleza sexual que perjudican la personalidad del menor, incluyendo, o no, la propia prostitución. Así, dentro de la corrupción se pueden dar actos que perjudiquen el desarrollo sexual del menor sin necesidad de implicar la prostitución.

Con la reforma del Código Penal de 1995, se pretende hacer una mejor interpretación del concepto de corrupción de menores, pretendiendo por parte del legislador definir

¹² Morales Hernández, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidas en el artículo 180 del Código penal», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

mejor el tipo delictivo. Así, tras la reforma de 1999, se introdujo un nuevo tipo penal independiente al de prostitución de menores, redactándose así un nuevo artículo 189.

Posteriormente, en la reforma de 2003 y 2010, se mantiene en el mismo articulado con el mismo contenido. En la reforma de 2015, se modifica la rúbrica del capítulo donde se recogen estos delitos, reconociéndose como “delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores”, englobándose el delito de corrupción dentro del art. 183 bis.

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, supuso una reforma completa del Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la libertad sexual.

La entrada en vigor el pasado 29 de abril de 2023 de la Ley Orgánica 4/2023 marcó un hito significativo al modificar nuevamente la normativa sobre delitos contra la libertad sexual. Esta reforma respondió a la necesidad imperante de abordar los beneficios penológicos que se habían derivado para los agresores sexuales como consecuencia de anteriores reformas. La revisión de la legislación en este ámbito es crucial para garantizar la protección de las víctimas y el debido castigo a los responsables de estos delitos, así como para mantener la integridad y la eficacia del sistema judicial en la lucha contra la violencia sexual.

Varios casos en España en 2019 desencadenaron un movimiento social y jurídico que pedía la reforma de las penas por delitos sexuales. Entre estos incidentes se encuentran "La Manada de Pamplona" (STS 4 de julio de 2019)¹⁰ en julio de 2016, "La Manada de Valencia" (STS 14 de mayo de 2020) y el denominado "Caso Manada de Arandina" (STSJ - Castilla y León, 18 de marzo de 2020)¹¹, la cuestión del recurso de apelación fue resuelta recientemente en sentencia de la Corte Suprema de 29 de noviembre de 2022. A nivel mundial, tras los incidentes mediáticos denunciados donde famosos abusaban de determinadas personas (principalmente mujeres y niños), también hay movimientos sociales como *Me Too*, que deciden exponer largas historias de violencia en diferentes ámbitos y más concretamente en forma de arte. Estos movimientos sociales

han contribuido significativamente a comprender la realidad de la violencia/violencia contra las mujeres y a crear conciencia sobre el acoso y la necesidad de medidas de protección, lo que a su vez ha llevado a un aumento de las denuncias.¹³

El propósito de este apartado es analizar cómo los eventos históricos han contribuido a una mayor regulación de los tipos penales que están siendo objeto de estudio. A lo largo del tiempo, los sucesos ocurridos han incidido en la evolución y el perfeccionamiento de la legislación, buscando adecuarla a las necesidades y demandas de la sociedad en cada momento histórico. Es importante comprender cómo estas circunstancias han influido en la consolidación y el desarrollo de las normativas legales que abordan estos temas delicados y de relevancia social.

2. Análisis jurisprudencial

Resulta reveladora la STS de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4142): *“El precepto legal trata de dispensar su protección a quienes, por razón de su edad, se encuentran en proceso madurativo de su personalidad, sin aquella madurez psicológica y ética y suficiente carga de experiencia para precaverse de la denigrantes y perniciosas influencias de quienes, faltos de todo escrúpulo moral, no reparan, en aras de satisfacer sus impulsos lúbricos en instrumentar a menores para la realización de aberrantes prácticas sexuales, o presididos por reprobables fines, situar al menor en el plano inclinado de su prostitución o corrupción, en un envilecimiento y extravío de difícil reversibilidad. Semejante deformación o degeneración seguramente ha de dejar una huella profunda en la psiquis del menor, sin que exija, cual si fuera entitativamente mensurable, un comprobación cuantitativa del efecto corruptor generado, en el ánimo del joven, o la constatación de unos datos concretos a cuyo través se colija el propiciado índice de degradación de aquél, o el grado de desviación causado en la normal línea de honestidad que a su edad corresponda”*.

¹³ García Sánchez, B. “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del “solo sí es sí” y su problemática aplicación retroactiva”, en Revista de derecho penal y criminología, 3ª época, nº 30 (julio 2023), pags. 113 a 163.

La evolución jurisprudencial ha sido, cuanto menos, dispar. Así, en la década de los ochenta, las consideraciones que se hacían por parte de los tribunales tendían a la valoración moral con toques sexofóbicos y homofóbicos¹⁴.

Este indicador nos hizo pensar en cómo evaluar la corrupción entre los menores y planteó la grave cuestión de que dicha evaluación debería realizarse a nivel psicológico. Aquí había que tomar partido y no ceder ante cuestiones morales¹⁵.

Ante las dificultades inherentes a la evaluación técnica de las consecuencias psicológicas derivadas de las relaciones sexuales entre adultos y menores, se tomó la lamentable decisión de caer en el prejuicio inaceptable de considerar que ciertos tipos de comportamiento son inevitables debido a que van en contra de los patrones de comportamiento social dominantes. Es importante reconocer que esta perspectiva no solo es perjudicial, sino que también subestima la gravedad de las implicaciones y daños que tales relaciones pueden ocasionar, tanto en el desarrollo psicológico de los menores como en la integridad de la sociedad en su conjunto. Es fundamental abordar estas cuestiones desde una perspectiva más amplia y sensible, que priorice la protección y el bienestar de los menores y promueva un cambio cultural que rechace de manera inequívoca cualquier forma de abuso o explotación sexual.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales no tiene una concepción clara y sin contradicciones en el ámbito de la corrupción. La propia jurisprudencia reconoce que la corrupción es un concepto difícil y mal definido¹⁶. El concepto de corrupción, tal como se utiliza, abarca una amplia gama de comportamientos. Esto no se limita únicamente a participar en actividades sexuales con menores de 18 años, sino que también incluye iniciar dichas actividades de manera lasciva. Es importante destacar que, incluso en ausencia de coerción explícita, la

¹⁴ Álvarez García, F. J., «La libertad sexual en peligro», Diario La Ley, n. 10007, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 10 de febrero de 2022.

¹⁵ Díez Ripollés, J. L., «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n. 21, 2019, pp. 1-29.

¹⁶ Lascurain, J. A., «Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?», 28 de marzo, 2020, en Almacén D Derecho, <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>, visitado el 21 de enero de 2024.

actividad sexual con menores debe considerarse corrupción. Es fundamental proporcionar educación a los menores sobre lo que está permitido y lo que no lo está, así como comprender qué constituye una relación sexual consentida. Por tanto, resulta necesario hablar de corrupción de menores cuando la actividad sexual perjudica la educación sexual o el desarrollo normal de los menores en libertad. Esta perspectiva elimina la noción de moralidad subjetiva y la interpreta como un bien jurídico que merece protección penal y, sobre todo, social.

Es esencial que la sociedad reconozca la importancia de proteger a los menores de cualquier forma de explotación sexual y garantizar que puedan desarrollarse de manera saludable y segura. Esta comprensión más amplia y legalmente fundamentada es fundamental para promover un entorno donde los derechos y la dignidad de los menores sean respetados y protegidos en todo momento.

Nos interesa limitar el concepto de corrupción de menores contenido en el Código Penal español, y ello nos obliga a establecer en dicha disposición qué líneas están protegidas por la ley. Depende principalmente de los bienes jurídicos que se protejan. La reacción de la comunidad jurídica ante la situación creada por la aprobación de la ley de 1995 causó cierto entusiasmo. El análisis de decisiones judiciales posteriores demuestra las dificultades que afrontó el Tribunal Supremo para resolver la ausencia de esta norma. Por ejemplo, en situaciones donde se imponen penas que son extremadamente desproporcionadas, es común que acciones que previamente eran consideradas como delitos de corrupción sean redefinidas como agresión sexual, conforme al artículo 181(3) del Código Penal (redacción de 1995). Esta redefinición legal puede implicar un cambio significativo en la manera en que ciertos actos son interpretados y sancionados por el sistema judicial. Es esencial que la legislación refleje de manera precisa y equitativa la gravedad de los delitos, así como el impacto real que tienen en las víctimas y en la sociedad en su conjunto. De esta manera, se busca garantizar un sistema de justicia que sea tanto justo como efectivo en la protección de los derechos y la seguridad de todas las personas.

Analizando diversos ejemplos de la jurisprudencia, podemos destacar, por un lado, dos grupos: acciones que deberían recibir estatus tanto normativo como no normativo en el discurso de política criminal que inspiró la Ley de 1995. – Se centra en limitar la intervención de la justicia penal para proteger la libertad sexual –; Por otro lado, hay otro tipo de incidentes donde la impunidad es cuestionable y preocupante, como el comportamiento de los clientes de la prostitución de menores.

En cuanto a jurisprudencia más relevante al respecto, debemos destacar la reciente resolución nº 170/2023, de 19 de septiembre de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, o la nº 371/2021, de 2 de julio de 2021, de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se expone no solo el concepto de pornografía infantil, sino también se analizan diferentes circunstancias modificativas de la responsabilidad, así como distintos tipos de asunción de penas cuando concurre más de un delito.

En este sentido, especial relevancia tiene la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 2024, nº 32/2024, que dispone lo siguiente:

“El recurrente incide en su recurso en que "no existe el más mínimo indicio que acredite la finalidad principalmente sexual de las mismas", pero ello ya ha sido descartado a favor de ese contenido sexual en ambos menores y más por parte de quien es el autor de los hechos en el arco familiar, lo que evidencia la gravedad de la conducta y el serio reproche penal que ello lleva consigo por la afectación a los menores en su desarrollo y en la perspectiva de los mismos acerca de quién es el autor y la "auctoritas" que para ellos representa.”

De esta manera, se evidencia la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, donde la principal motivación es siempre proteger a la víctima. Esta reformulación no solo considera los hechos que motivan la concepción del delito, sino también la repercusión que dichos actos puedan tener en el desarrollo del menor. Es esencial que la legislación no solo contemple las acciones delictivas en sí mismas, sino que también tenga en cuenta el impacto psicológico, emocional y social que pueden tener en las víctimas, especialmente en el caso de menores de edad. De este modo, se busca no solo

sancionar los comportamientos inapropiados, sino también brindar apoyo y protección a aquellos que han sido afectados por ellos, promoviendo así un entorno más seguro y justo para todos los ciudadanos.

III. MARCO CONCEPTUAL

1. CONCEPTO

No existe una opinión unánime sobre la definición del término pornografía infantil, ya que hay muchas observaciones que es necesario definir. La pornografía infantil ha sido vista tradicionalmente como un tipo o manifestación de otras actividades delictivas como la explotación infantil y la trata de personas, pero esto también se aplica en el contexto anterior. Entonces, en primer lugar, explotación infantil es un término general que se refiere a hechos como:

- Obligar a un niño a ejercer la prostitución, beneficiándose un tercero de dicha explotación;
- Atraer a los niños para que participen en espectáculos pornográficos;
- Tener relaciones sexuales con menores, utilizando fuerza, violencia o intimidación, o ofreciendo dinero o cualquier otra recompensa a cambio de que el menor participe en las referidas actividades sexuales¹⁷.

En atención a lo dispuesto por las Naciones Unidas en el Anexo II de los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de menores en los conflictos armados, la prostitución infantil y la utilización de menores en la pornografía, de 16 de mayo de 2000, se debe entender por pornografía infantil a toda representación o participación de un menor en un entorno cercano al sexual, bien sea real o simulado, así como a cualquier relación genital con fines sexuales¹⁸.

Así y todo, se considerará conducta sexual toda aquella que convenga, al menos, alguna de las acciones enumeradas por la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2001/0025 (CNS)), sustituida por Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre estas son, entre otras, el acceso carnal, el contacto genital, el bestialismo, la masturbación o la exhibición.

¹⁷ Artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO L 13 de 20/ 01/2004 p. 45).

¹⁸ Álvarez García, F. J., «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, n. 10007, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 10 de febrero de 2022.

Del concepto, por tanto, de pornografía infantil, deben destacarse una serie de características:

Primero, implica la exhibición de material visual, ya sea en forma de fotografías, videos, e incluso, aunque no sea visualmente perceptible, a través de conversaciones telefónicas de naturaleza sexual con el menor de edad.

Por otro lado, la característica de la realidad, en tanto las imágenes exhibidas son tomadas a menores de edad reales, es decir, no son imágenes irreales creadas mediante nuevas técnicas de inteligencia artificial, lo que, por otro lado, podríamos encuadrarla dentro de un subtipo de pornografía infantil, denominada pseudopornografía.

Un aspecto que resulta menos relevante para los propósitos del presente documento es la edad establecida como límite para definir la "pornografía infantil". Es importante señalar de manera concisa que, si bien la mayoría de la doctrina considera los dieciocho años como la edad de mayoría coincidente, la Convención sobre Delincuencia en la Red, celebrada el 23 de noviembre de 2001, solicitó al Consejo de Europa que se redujera dicho límite a los dieciséis años.

En este punto, me gustaría hacer referencia a unos datos, cuanto menos curiosos, respecto a la edad de consentimiento en actividades sexuales, y edad contemplada en la legislación en materia de pornografía infantil, en países similares en cuanto a sociedad se puede decir. Así, por ejemplo, y en cuanto a nuestro propio país, España, se establece que la edad mínima para consentir una relación sexual son los 16 años, mientras que se considera que pornografía infantil se reconoce hasta los 18 años. Lo mismo ocurre en Italia (16 años para las relaciones sexuales, frente a los 18 años para la pornografía infantil), Suecia (15 años para las relaciones sexuales, frente a los 18 años para la pornografía infantil) o, y en un sentido totalmente contrario, Finlandia (16 años para las relaciones sexuales, frente a los 15 años para la pornografía infantil).

La figura delictiva de la que estamos hablando viene recogida en la redacción original del art. 189 del Código Penal español de 1995¹⁹, tipificando como pornografía infantil la utilización de un menor o incapaz en cualquier exhibición pornográfica, castigando a los instigadores con penas de prisión de uno a tres años.

En una reforma inicial realizada en 1999 de nuestro Código Penal, se amplió el ámbito de aplicación, no solo sancionando a aquel que utilizara a un menor o incapaz para propósitos pornográficos, sino también, con una pena más severa, a quien los empleara con la intención de producir o recopilar cualquier tipo de material pornográfico con la intención de difundirlo.

Es importante destacar en este punto un aspecto que ha sido objeto de intenso debate a lo largo de los años: la cuestión de la impunidad del individuo que posee material pornográfico. Dado que aún no ha divulgado dicho material, no ha cometido un acto punible sujeto a responsabilidad penal. Hasta la última redacción del año 1999, aquel que simplemente poseía material pornográfico sin la intención de distribuirlo no era considerado reo de tal tipo delictivo..

Tras la modificación operada en 2015 del Código Penal, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se adoptaron todos aquellos requerimientos llevados a cabo por la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo. En dicha Directiva, el legislador consiguió, en términos generales, determinar el concepto final de “pornografía infantil”, incorporando el mismo a la norma.

Por último, el artículo 189 donde se recoge la pornografía infantil se reformó levemente también por la LO 8/2021, letras b), c) y g) de su apartado 2, sobre circunstancias agravantes de la pena, de las que hablaremos más adelante.

¹⁹ Guisasola Lerma, C., «Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento», en *Revista Penal*, n. 45, 2020, pp. 56-74.

Pese a que en un principio se pensó que dicha inclusión ofrecía una mayor seguridad jurídica, lo cierto es que la realidad no ha sido así. Sabemos, como dirime la norma, que en el primero de los apartados del art. 189 C.P., se ofrece ya una clara definición de pornografía infantil, incluyendo en tal definición tanto a la pornografía en relación con la elaboración del material, como el consumo de esta. Además, se incluye en esta nueva redacción a las personas discapacitadas, vulnerables a grandes rasgos, dentro de los sujetos pasivos de dicho delito.

GÓMEZ TOMILLO²⁰, entre otros, hace un estudio pormenorizado del efecto negativo que dicha nueva redacción produce, pues no se han conseguido cubrir la totalidad de vacíos que ya se apreciaban, considerando que el legislador se ha limitado a pegar el contenido de la Directiva europea y ha incorporado definiciones redundantes de las que subyacen dificultades de identificación.

Por consiguiente, se puede deducir inicialmente que la introducción del concepto jurídico de pornografía infantil es beneficiosa para el principio de legalidad. No obstante, la manera en que el legislador definió la descripción de tales conceptos ha generado inconsistencias en la doctrina.

²⁰ González Rus, J. J., «La reforma de las agresiones sexuales», en *Diario La Ley*, núm. 9790, Wolters Kluwer, de 12 de febrero de 2021.

2. PENAS Y SANCIONES

En esta sección, es necesario realizar una distinción entre el delito de tenencia de pornografía infantil, por un lado, y el delito de distribución de pornografía infantil, por otro.

Según lo dispuesto en el art. 189.1, letras a) y b), la pena contemplada para el que captase para exhibiciones o espectáculos pornográficos a menores de edad o incapaces, así como para elaborar cualquier clase de material pornográfico relacionado con estos sujetos para su difusión, es de 1 a 3 años.

Siguiendo de manera sistemática el articulado, el art. 189, en su apartado 2, establece una pena de prisión de entre 5 y 9 años para aquellos delitos ya descritos en el apartado 1, cuando concurren una serie de circunstancias de carácter especialmente degradante o peligroso, valiéndose de la especial vulnerabilidad de las víctimas ya sea por ser menor de 16 años o por ser familia o persona responsable del mismo.

Por otro lado, es importante resaltar que en el apartado 3 del mismo artículo se establece un criterio adicional para la determinación de la pena. Según este apartado, se aplicará la pena señalada en el apartado 1, pero en su grado superior, cuando los hechos se cometan con especial violencia o intimidación. En otras palabras, este apartado introduce una disposición para considerar circunstancias agravantes que pueden elevar la gravedad de la conducta delictiva. Esto implica que existen situaciones en las que los actos relacionados con la pornografía infantil pueden ser aún más perjudiciales y dañinos, ya sea debido a la violencia o la intimidación empleadas durante su comisión. Por lo tanto, el legislador ha previsto una penalización más severa para estos casos, reconociendo la gravedad adicional que representan para la integridad y el bienestar de los menores involucrados.

En resumen, este apartado 3 del artículo en cuestión contempla los tipos agravados de las conductas típicas de pornografía infantil, asegurando que se imponga una pena proporcionalmente más grave cuando se constate la presencia de circunstancias agravantes que aumenten el impacto y la lesividad de la conducta delictiva sobre el sujeto pasivo.

En el apartado 4 del mismo art. 189, se castiga al que asista a espectáculos de este calibre con pena de prisión de 6 meses a 2 años.

Por otro lado, el Código Penal, en su art. 189.5²¹, señala que será castigado con la pena de prisión de 3 meses a 1 año, o multa de 6 meses a 2 años, quien adquiera o posea pornografía infantil o pornografía en cuya elaboración haya utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En este sentido, se aplicará la misma pena a quienes accedan a pornografía infantil conscientemente a través de internet. El C.P. hace referencia a que dicho acceso deberá ser “a sabiendas”, estando excluidos por tanto los accesos o descargas accidentales que contengan la referida pornografía.

A continuación, haremos un examen de cada una de las circunstancias agravantes del tipo delictivo, ya no en cuanto a la pena, sino a la forma de agravante²².

En primer lugar, cabe hablar de la **utilización de menores de 16 años**. La fijación de este límite responde claramente a la coincidencia con la edad de consentimiento del menor en materia sexual, reconocida ya por el ordenamiento jurídico. De este modo, parece razonable que, dado que el tipo delictivo básico entiende menores de edad como aquellos que no han cumplido 18 años, se establezca una agravación superior cuando los mismos, incluso siendo menores de edad, no tengan ni tan siquiera reconocida la capacidad de decisión en este ámbito.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 592/2009, de 5 de junio (Rec. 2125/2008; Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto), disponía que “*el artículo 189.3,b) del*

²¹ 5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

²² Acale Sánchez, M., «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Código Penal incluye una previsión extraordinariamente abierta: que "los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio". No hay duda de que, en una primera aproximación, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede -debe- ser calificado de degradante y vejatorio para ellos. Por tanto, aquí se trataría de determinar si, y por qué, en este caso, la naturaleza de las imágenes obliga a acentuar tal connotación peyorativa. Esto requiere un ejercicio de justificación, que no se ha dado, pues no consta en la calificación del Fiscal y tampoco hay rastro de él en el acta del juicio. Así, en ausencia de una argumentación explícita al respecto por parte de quien mantiene la calificación de los hechos que funda el recurso, hay que decir que no resulta arbitrario incluir las imágenes descritas en la sentencia en el tipo básico, porque, con toda seguridad, la imaginación pedófila es fértil en modalidades todavía más aberrantes del uso de menores con semejante finalidad, para las que habrá que reservar la exasperación del tratamiento punitivo”

Por otro lado, el uso de **carácter degradante o vejatorio** de los actos es otra de las circunstancias del tipo agravado que se recogen en el propio art. 189. En este sentido, debe entenderse como trato degradante como *“aquel comportamiento incidente en la esfera corporal o psíquica de otro, dirigido a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima, mediante el empleo de fuerza física, intimidatoria o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o, incluso, por medio del engaño, a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas, y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psíquico sea potencialmente constitutivo de grave humillación o vejación de la víctima”*²³

La jurisprudencia, por su lado, en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo 1122/1998, de 29 de septiembre (RJ 1998/7370), apoyando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, define el referido término acto como *“aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral”*. Esta misma jurisprudencia es utilizada a día de hoy por los Tribunales, véase STS 167/2007, de 27 de febrero de 2007, STS 1061/2009, de 26 de octubre, STS 1023/2021 de 17 de enero.

²³ Ramón Ribas, E./Faraldo Cabana, P., «‘Solo sí es sí’, Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL (2020), pp. 21-42.

Yendo específicamente al concepto de trato degradante del propio delito de pornografía infantil, la doctrina entiende que las referidas acciones “han de ser ejercidas con la finalidad de ocasionar una especial sensación de humillación a la víctima, próxima a la situación que producen las actuaciones sádicas”²⁴

Por otro lado, y como tercera situación agravante, encontramos la especial gravedad de los actos cuando el **valor económico** del material pornográfico sea alarmante. Ello encuentra su fundamentación pragmática en cuanto a que dicho delito obedece a una actuación criminal lucrativa, con mucha mayor reprochabilidad y culpabilidad del actor²⁵.

A tal efecto, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 588/2010, de 22 de junio (rec. 2694/2009; Ponente: Berdugo de la Torre, Juan Ramón) que *“el valor económico o la especial entidad del material pornográfico incautado podrá ser la prueba de haberse cometido un número importante de atentados contra la indemnización sexual de los menores o incapaces, por lo que debería determinarse con arreglo a los criterios similares a los que se utilizan en ámbitos delictivos en los que existen tipos agravados de parecidas características, ello implica la exigencia de que conste alguna valoración económica del material incautado y que en aplicación, por regla general, deberá limitarse a quienes los han elaborado, producido o difundido mediante una compensación económica por cuanto debemos subrayar que el tipo penal básico del art. 189.1.b) no queda recortado por la exigencia de ánimo de lucro en la conducta del autor, lo que resulta un acierto desde un punto de vista político-criminal, dado que múltiples conductas de introducción de material pornográfico en Internet (sobre todo protagonizadas por pedófilos) no vienen informados por un ánimo o intencionalidad económica. Las nuevas tecnologías han favorecido la producción y tráfico de carácter aficionado, de carácter gratuito, a lo que ha contribuido la aparición del vídeo doméstico y la telemática de masas, que imponen las nuevas autopistas de la información –en especial Internet- o de verificación de “chats” en los que se implica a menores. [...] En el caso presente no consta en el factum, ni siquiera por aproximación cual pudiera ser el*

²⁴ Esquinas Valverde, P., «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (artículo 181 CP)», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 211 y ss

²⁵ Conde-Pumpido Ferreiro, C., “Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución de menores”, en Estudios de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad sexual, Madrid, 2010, p. 596

valor económico de dicho material, ni que el acusado pudiese beneficiarse de algún modo en su conducta de compartir el mismo con otros desconocidos internautas.”

En cuanto a la valoración o cuantificación pecuniaria que ha de establecerse como límite, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de octubre de 1986, fue claro. En este sentido, “no puede establecerse criterio que delimite exactamente donde comienza la “especial gravedad” de la cuantía defraudada. Tal expresión núcleo del subtipo agravado, constituye uno de tantos conceptos jurídicos indeterminados tan frecuentes en los textos legales, que no son vacíos o lagunas del ordenamiento, sino uno de los elementos normativos del tipo representado por conceptos o criterios de experiencia, a llenar por el juzgador y fundamentalmente por la Jurisprudencia de casación”

Por ello, y derivado de la inexactitud de la cuantificación, para la valoración de la especial gravedad de la cuantía habrá de estarse a una relación análoga con otros preceptos del Código Penal, como lo son el art. 250.6.1º, que aumenta la pena en atención al valor efectivamente defraudado, el art. 235.3, en atención a la valoración de los efectos sustraídos, el art. 276.1, que agrava la pena a los autores de delitos contra la propiedad intelectual cuando los hechos revisten especial gravedad en atención al valor de los objetos producidos ilícitamente, además de los perjuicios ocasionados.

De la relación entre todos estos tipos penales que contemplan la agravación de la pena cuando lleva consigo un beneficio económico para el actor, podemos llegar a dos conclusiones:

- Por un lado, que el límite monetario a la hora de agravar una pena mayor de relevancia económica es un criterio totalmente variable, determinado por la propia economía nacional y la situación social existente al momento de cometer el ilícito, lo cual, en consecuencia, haría ineficaz cualquier tipo de criterio rígido o fijo en cuanto a su penalización y valoración.
- Por otro lado, la valoración, según la jurisprudencia y la doctrina actual, debe retrotraerse al momento en que se produce la conducta ilícita, esto es, debe tenerse en cuenta el momento de la comisión del delito, y no el momento en que se juzga, para tener en cuenta la evolución económica del país.

En cuarto lugar, se considera circunstancia agravante de la conducta típica la **presencia de violencia física o sexual** sobre el sujeto pasivo. En este sentido, y atendiendo a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil²⁶, se sancionará el uso de violencia grave contra niños y niñas o aquellas actuaciones que hagan un daño grave sobre el menor para obtener su participación en el referido delito.

La Sentencia del Tribunal Supremo 395/2021, de 6 de mayo de 2021; Ponente: Pablo Llarena Conde) hace una valoración explícita del concepto de violencia física en relación a los delitos de pornografía infantil, equiparándola a la misma violencia que se ejerce en los delitos de agresión sexual, advirtiendo que *“ésta ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada, ello nos llevaría en el caso de menores de corta edad a no considerar violencia, la fuerza que no se dirige a vencer una inexistente resistencia del menor, totalmente vulnerable a esa edad, precisamente porque no tiene ninguna capacidad de reacción, ni incluso conciencia de estar siendo agredido. La STS. 140/2004 de 9.2, no vio violencia en el acto de coger el cuello del menor para realizar una felación a la que accedió el mismo por el desconcierto sufrido y la situación de inferioridad en la que se encontraba y no tanto por la violencia ejercida con su inicial acción”*.

La violencia sexual a la que hace referencia, en su caso, es analizada de manera generalista en la Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 9 de marzo (rec. 456/2011; Ponente: Saavedra Ruiz, Juan), que señala que *“la violencia sexual tiene un componente físico que no se dirige directamente a doblegar la voluntad o el consentimiento del sujeto pasivo sino que debe situarse en la esfera de una conducta sexual en sí misma desproporcionada, anormal o excesiva. Violencia es la cualidad de violento y este es un adjetivo que se aplica tanto a quien actúa sin comedimiento, a las cosas fuertes o intensas, a lo que va contra la tendencia o condición naturales, las acciones que suponen una agresión física o moral o incluso a situaciones incómodas. Aplicado ello a los actos sexuales no puede significar otra cosa que lo ya apuntado más arriba: comportamientos*

²⁶ DO L 13 de 20/1/2004 p. 46

alejados de la tendencia o condición natural de los mismos, acciones fuera de todo comedimiento, imágenes especialmente fuertes e intensas. Pues bien, aplicado ello a los menores, se justifica la agravación cuando la desproporción es tan evidente como en el caso de autos, criterio ya apuntado en alguno de nuestros precedentes, tratándose de una niña de cuatro años penetrada vaginal y analmente en repetidas ocasiones por un pene adulto en erección y rotulador o similar”.

Muñoz Conde identifica la acepción genérica violencia en los supuestos en que se aplique «vis absoluta, o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. No es necesario, por tanto, una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, para evitar males mayores, “consentir” en la agresión sexual apenas comiencen los actos de violencia»²⁷

Por último, me gustaría hacer especial mención a la circunstancia agravante de **persona responsable del menor o incapaz**, recogida en el art. 189.3f. Esta circunstancia muestra también su justificación en la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo de Europa, a la que hemos hecho referencia anteriormente, que dispone que “resulta trascendente agravar la responsabilidad criminal de los individuos que guarden una especial relación con el menor, en tanto que, al margen de la gran reprochabilidad que tiene este tipo penal, el hecho de que el actor guarde especial relación con el sujeto pasivo hace que la lesión del bien jurídico sea de mayor fuerza sobre el mismo, y, en consecuencia, lo que marca el mayor trauma en el menor o discapacitado.

Pues bien, ahora nos quedaría hablar de la aplicación de los arts. 21, 22 y 23 C.P., en relación a las circunstancias generales de modificación de la responsabilidad penal, en aplicación del principio de proporcionalidad, cuya aplicación, al igual de las anteriores agravantes analizadas, permite modular la pena aplicable al autor de los hechos.

Como es sabido, el C.P. distingue entre atenuantes, agravantes y mixta de parentesco. Junto a ellas, de manera general, coexisten circunstancias especiales que forman parte,

²⁷ Muñoz Conde, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 25ª Ed, con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia, 2023, p. 214

por decirlo de alguna manera, del propio delito. Cabe señalar, a este respecto, qué se deberá hacer en caso de que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de carácter general y especial. En tal sentido, el art. 67 C.P. es claro a la hora de que se estará siempre a la aplicación del concepto especial, en tanto en cuanto la aplicación de ambas circunstancias supondría una vulneración directa al principio non bis in ídem, en el sentido de que se estaría agravando la pena dos veces por un mismo factor.

En tal sentido, y centrándonos primeramente en las **circunstancias agravantes** del art. 22 C.P., cabe hacer mención solamente a una serie de circunstancias, de todas las recogidas en el precepto, que tienen una especial relevancia en cuanto al delito objeto de estudio, de manera muy sucinta:

- La utilización de disfraz, en tanto en cuanto el uso de ese tipo de prendas parece obedecer a la finalidad de evitar el descubrimiento y consiguiente castigo.
- Abuso de superioridad, sin confundirla con el concepto de alevosía. Cobo del Rosal y Vives Antón la relacionan con aquellos supuestos *“en que el autor conscientemente, abusa de su posición frente al agredido sobre el que existe un importante desequilibrio de fuerzas, para debilitar sus posibilidades de defensa (no para anularlas, lo cual supondría alevosía)”*²⁸
- Actuar por precio, recompensa o promesa, como motivo de lucro económico para desarrollar la conducta criminal. Dicha “recompensa” no tiene porqué constituir dinero efectivo, pudiendo ser considerados como tal los beneficios honoríficos, profesionales, ... lo que hace que lo que verdaderamente se tenga en cuenta para apreciar esta agravante sea simplemente el ofrecimiento creíble de dicha dote.
- Cobo del Rosal y Vives Antón, autores de los que ya hemos hablado anteriormente, fundamentan la agravación de abuso de confianza en *“la mayor desprotección de los bienes jurídicos de la víctima en el seno de las relaciones de confianza. La confianza a la que se refiere el precepto no es, por ello, la que resulta de la aplicación de “standars” sociales, sino la efectivamente otorgada por la víctima al autor”*²⁹.
- Por último, la reincidencia delictiva, en cuanto a que el autor haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del CP y sea de la misma naturaleza.

²⁸ Muñoz Conde, F *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2022. p. 895.

²⁹ Muñoz Conde, D, T. S., *Derecho...* cit., p. 898

Por otro lado, en cuanto a **circunstancias atenuantes** recogidas en el art. 21 C.P., existen una serie de supuestos que por sus propias características especiales hacen que su aplicabilidad práctica sea significativamente menor, debido a que su apreciación queda a la vista del juzgador. De entre las circunstancias atenuantes reguladas, cabe destacar, para el presente delito, la grave adicción a determinadas sustancias o la atenuante de dilaciones indebidas.

Por último, y en cuanto a la **circunstancia mixta de parentesco**, contemplada en el art. 23 C.P., podrá, dependiendo del caso, atenuar o agravar la pena por responsabilidad, según la naturaleza, los motivos o los efectos que haya producido el delito. Independientemente de ello, la referida circunstancia carece realmente de relevancia en materia del presente delito.

3. DESAFÍOS LEGALES Y ÉTICOS

El concepto legal de libertad sexual fue introducido en el Código Penal con la modificación presentada por la Ley 3/1989, de 21 de junio y se entiende como la capacidad de cada persona de determinarse de forma independiente en el ámbito sexual, elegir una opción sexual u otra y utilizar su cuerpo, según sus deseos en este orden. También permite la aceptación o el rechazo de ofertas, incluso por la fuerza, si tienen como objetivo imponer un comportamiento no deseado. Por tanto, se trata de un bien legalmente protegido para personas que no sean menores de edad.

En la regulación actual, se reconoce que los menores también tienen una libertad sexual, aunque esta libertad es potencial y está sujeta a su desarrollo futuro. En otras palabras, cuando se tipifican los delitos sexuales en relación con los menores, se está protegiendo su libertad sexual potencial una vez que alcancen la mayoría de edad. Esta perspectiva contrasta con la regulación anterior, donde se afirmaba que los menores no tenían libertad sexual y, por lo tanto, lo que se protegía era su indemnidad sexual. La Ley de 2022, que deroga esta regulación anterior, reconoce el potencial de libertad sexual de los menores y busca garantizar su protección y bienestar en este aspecto a medida que crecen y se desarrollan.

La Fiscalía General argumenta que la participación de menores en determinadas actividades sexuales con fines o beneficios eróticos puede tener un impacto extremadamente negativo en su desarrollo y formación personal, en su aptitud y, en definitiva, también en su bienestar físico, psíquico y físico. Asimismo, protege, en primer lugar, cosas tan buenas como la dignidad de la infancia, la intimidad y la propia imagen³⁰.

³⁰ Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre delitos de pornografía infantil.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo, se ha buscado integrar el enfoque dogmático de los delitos relacionados con la corrupción juvenil y la pornografía infantil con otros aspectos criminológicos. Esto permite obtener un mejor entendimiento de las realidades jurídicas y sociales presentes en España. Además, se ha procurado contribuir de manera mínima pero significativa a las normativas y sistemas vigentes. El propósito es enriquecer el análisis de estos delitos desde una perspectiva integral, que tenga en cuenta tanto sus fundamentos legales como las dinámicas sociales y criminológicas que los rodean.

El abuso a menores y personas con discapacidad, en todas sus formas, ha existido a lo largo del tiempo, debido a que son seres inocentes y confiados, y por su inmadurez física y psicológica. Esta situación crea condiciones propicias para que explotadores y pedófilos aprovechen la vulnerabilidad de estas personas para sus propios fines. La pornografía en Internet no es más que una manifestación moderna de formas antiguas de delincuencia.

En la actualidad, el enfoque criminológico, es decir, la perspectiva desde la cual operan los principios penales, busca desvincular la ciencia jurídica del aislamiento y conectarla más estrechamente con la política y la sociedad. Se pretende que el análisis de estos delitos, desde una perspectiva criminológica, arroje luz sobre las causas subyacentes y las dinámicas sociales que contribuyen a su ocurrencia, lo que a su vez puede informar políticas y estrategias de prevención más efectivas y sensibles a las necesidades de las víctimas.

Hay que reconocer que la poca importancia de la investigación empírica en el ámbito académico es uno de los factores que obstaculiza el desarrollo de una política criminal madura. Esto debería diseñarse como una política pública en la que los líderes de la industria sean identificables y responsables. Fundamentos de la investigación experimental y la criminología.

Hoy en día, a pesar de las conocidas consecuencias negativas de las leyes penales simbólicas, la eficacia limitada que los Estados suelen demostrar en la práctica para prevenir las agresiones sexuales y combatir las actividades delictivas relacionadas con la trata de personas, que están estrechamente vinculadas a redes delictivas organizadas, a

menudo lleva a las organizaciones internacionales a pedir por restricciones a exigencias tradicionales del derecho penal y/o buscan incrementar la injerencia criminal mediante la creación de barreras protectoras, logrando comportamientos cada vez más alejados de los bienes legítimos que pretenden proteger.

Esta tendencia se ha ampliado durante la última década para perseguir los delitos sexuales: se centró en actos específicos de explotación sexual o su favor (así como en la producción o distribución de algunos materiales o pornografía). Ahora no, no solo quiere extender el alcance de la intervención para perturbar el resultado de lo ambiguo o no fácil de distinguir entre las fórmulas, para un hecho simple de ser y más allá de los hechos específicos, así como la sanción criminal (aún debilitada) propiedad simple de la pornografía de los niños de consumo privado o asumirlos a través de Internet.

La realidad de las redes penales organizadas a nivel internacional revela nuevas vulnerabilidades en principios básicos, a menudo considerados como los límites de cualquier política de imagen. Esto demuestra una insuficiencia o incluso una falta de cumplimiento de los requisitos de confianza legítima y respeto por el marco legal, especialmente en una sociedad pluralista donde la libertad es un valor importante.

La intervención penal en este ámbito enfrenta numerosas dificultades debido a las características inherentes del fenómeno. Controlar eficazmente la producción y distribución de contenidos inapropiados para niños y jóvenes es crucial, ya que estos pueden influir negativamente en su desarrollo físico, mental y moral. Es fundamental abordar estas cuestiones con un enfoque multidisciplinario y una cooperación internacional sólida para proteger a los jóvenes y preservar los valores fundamentales de la sociedad.

En medio de un torbellino de reformas, dos críticas principales emergen. En primer lugar, en relación al delito de corrupción de menores, es crucial abordar la falta de precisión en su expresión. A pesar de los esfuerzos históricos, su contenido sigue siendo impreciso, lo que vulnera principios jurídicos fundamentales como la severidad, la certeza y la objetividad, todos ellos emanados de la Constitución y que deben ser respetados en todo momento.

Solo cuando sea estrictamente necesario, el derecho punitivo debe limitarse a los órganos encargados de ejercer la facultad de castigar, garantizando así que cualquier respuesta punitiva esté claramente prescrita por la ley. El requisito de precisión es un elemento fundamental de los principios jurídicos penales. No tiene sentido exigir una norma que preceda a una sanción si está formulada de manera tan imprecisa que ni siquiera un ciudadano puede saber con certeza qué conducta se considera merecedora de castigo.

El derecho sexual penal intenta responder a realidades que cambian dramáticamente; ¿Cuál es la comprensión social del sexo y qué conductas deberían condenarse? Este desarrollo se produce de forma continua y generalizada en todos los países y en todas las épocas, dando lugar a nuevas normativas sobre esta cuestión. La aplicación del principio de mínima intervención en este ámbito con mayor intensidad que en otros ámbitos parece ser un elemento permanente de la doctrina, por lo que el derecho sexual penal debe limitarse a casos extremos que sin duda merecen castigo.

BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M., «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022

Álvarez García, F. J., «La libertad sexual en peligro», Diario La Ley, n. 10007, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 10 de febrero de 2022.

Cuerda Arnau, M. L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en Faraldo Cabana, P., Acale Sánchez, M., La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Cugat Mauri, M., «Artículo 182 CP vigente del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022

De Hoyos Sancho, M., «Tomarse en serio la presunción de inocencia. Reflexiones al hilo de las manifestaciones inculpatórias realizadas por una autoridad pública (1)», Diario La Ley, n. 9850, Wolters Kluwer, mayo 2021.

Díez Ripollés, J. L., «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n. 21, 2019, pp. 1-29.

Esquinas Valverde, P., «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (artículo 181 CP)», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 211 y ss.

Faraldo Cabana, P., Ramón Ribas, E., «VIII. La Sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en Faraldo Cabana, P., Acale Sánchez, M. (directoras), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 247-296.

García Albero, R., «De los delitos contra la salud pública», en Quintero Olivares, G., Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Navarra, 2016

Gómez Tomillo, M., Comentarios Prácticos al Código, t. II, 2015.

Guisasola Lerma, C., «Los delitos de online child grooming y sexting (art. 183 ter. 1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (directoras), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022

Maqueda Abreu, M. L., «La prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible», en De Vicente Remesal et al. (dirs.), Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña, con motivo de su 70 aniversario, Madrid, Reus, 2020.

Marín De Espinosa Ceballos, E., «Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de La Manada», en De Vicente Remesal et al. (dirs.), Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña, con motivo de su 70 aniversario, Madrid, Reus, 2020, pp. 1761 y ss.

Morales Hernández, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidas en el artículo 180 del Código penal», en Marín De Espinosa Ceballos, E., Esquinas Valverde, P. (dirs.), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Rodríguez Padrón, C., «Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material

pornográfico», en Estudios de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad sexual, Madrid, 2020