

30

S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2012

30

Revista Pend

Pend

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE

María Marta González Tascón

Revista Penal, n.º 30. - Julio 2012

Ficha técnica

Autora: María Marta González Tascón

Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad de Oviedo. gonzalezmaria@uniovi.es.

Sumario: I. Introducción. II. Instrumentos de lucha contra la explotación sexual de los menores de la unión europea: 1. Primeros pasos. 2. La directiva 2011/92/UE del parlamento y del consejo: 2.1. Observaciones previas. 2.2. Medidas penales. 2.3 Medidas procesales. 2.4. Medidas de asistencia y protección. 2.5. Medidas preventivas. III. Repercusiones de la directiva 2011/92/UE del parlamento y del consejo en la legislación penal española.

Abstract: Whereas the main subject matter of the Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 is to establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the area of sexual abuse and sexual exploitation of children, child pornography and solicitation of children for sexual purposes, the main aim of the present article is to point out the penal measures that shall be taken in order to comply with this Directive by our own country. For this purpose a general vision of the contents of the Directive is done, the penal measures are compared with the ones that are established in our criminal law and, as result of that comparison, the lines of a possible reform of our criminal law are highlighted.

Key words: Sexual exploitation, sexual abuse, protection of children, Spanish criminal Law, European Union

Resumen: Considerando que el objetivo principal de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 es el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de los delitos y sanciones en el ámbito del abuso sexual y de la explotación sexual de menores, de la pornografía infantil y de las proposiciones a menores con fines sexuales, el principal objetivo del presente artículo es identificar las medidas penales que nuestro país tendrá que adoptar para cumplir con las exigencias derivadas de la misma. A estos efectos, se ofrece en este trabajo una visión general de los contenidos de la Directiva, se confrontan las medidas penales en ella recogidas con las disposiciones penales previstas en nuestro Código penal para la protección de los menores frente a comportamientos de naturaleza sexual perjudiciales para los mismos y, como resultado de esta comparación, se subrayan las líneas de una posible reforma de nuestro Código penal.

Palabras clave: Explotación sexual, abuso sexual, protección de menores, Derecho penal español, Unión Europea

Observaciones: El presente trabajo se enmarca dentro de la actividad investigadora desarrollada con motivo del proyecto de investigación «Determinación y fórmulas de control de la conducta antisocial y delictiva relacionada con la infancia y adolescencia como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación» (DER 2008-05588/JURI), dirigido por el Prof. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo.

Recepción del artículo: 06-03-2012.

Evaluación favorable: 05-04-2012.

I. Introducción

La progresiva transformación de la Unión Europea de una unión de estados centrada en la integración económica en una unión de naturaleza política ha comportando evidentemente la ampliación de sus fines y de sus competencias. A lo largo de este proceso, cuyo punto de arranque podríamos situar en la aprobación del Tratado de la Unión Europea, firmado en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992, la Unión Europea, con el objetivo de la creación del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia¹, se ha ido adentrando poco a poco en el terreno de competencias estatales que parecían intocables por razones de soberanía nacional. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se modifican los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 por sus 27 Estados miembros², ha supuesto un gran paso en este camino con el reconocimiento de la potestad del Parlamento y del Consejo de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes, mediante directivas adoptadas a través del procedimiento legislativo ordinario (art. 83).

Entre esos ámbitos delictivos se encuentra la explotación sexual de los niños³, sobre la que ya se había pronunciado el Parlamento Europeo por medio de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Reso-

lución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992⁴, en la que se establece que todo niño deberá ser protegido contra toda forma de explotación sexual, debiéndose adoptar las medidas para que ningún niño sea, en el territorio de la Comunidad, secuestrado, vendido o explotado con fines de prostitución o de producciones pornográficas o que desde la Comunidad se prepare o apoye la explotación sexual de los niños fuera de su territorio⁵. Posición compartida a nivel mundial entre los estados como de forma reiterada se ha puesto de manifiesto en los congresos mundiales contra la explotación sexual comercial de niños (Estocolmo 1996, Yokohama 2001, Río de Janeiro 2008), en los que este tipo de explotación ha sido identificada como una de las más terribles manifestaciones de la violencia contra los niños⁶.

La complejidad de este fenómeno, debido a su vinculación con la propia estructura económica y social, y favorecido en los últimos tiempos como consecuencia de los avances en la conectividad humana y del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, exige para ser combatido de forma eficaz de la acción concertada de los estados. Este objetivo, perseguido por la comunidad internacional particularmente desde la década de los noventa, ha tenido como fruto, entre otros, la creación en instancias supranacionales de normas jurídicas sobre la explotación y el abuso sexual de los menores, cuyo punto de partida se encontraría en el Convenio sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989⁷,⁸. A la labor de Naciones Unidas en este ámbito, reflejada también en el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los

1 Se pretende garantizar que la libertad sea disfrutada en la Unión Europea en condiciones de seguridad y justicia accesibles para todos; de forma que, por un lado, los ciudadanos de la Unión Europea puedan acudir a los tribunales y autoridades de cualquier Estado con la misma facilidad que a los de su propio país y que, por otro lado, los delincuentes, cuya movilidad se habría visto favorecida por la supresión de las fronteras internas entre los Estados de la Unión, no puedan aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas de justicia de los Estados miembros (Consejo Europeo de Tampere, 1999).

2 El Tratado de Lisboa se publicó en el DO C 306, de 17 de diciembre de 2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009.

3 El resto de ámbitos delictivos son: el terrorismo, la trata de seres humanos, y la explotación sexual de mujeres, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de los medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. No obstante, también se deja abierta una puerta para que el Consejo, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, adopte la decisión de incluir otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios de especial gravedad y dimensión transfronteriza derivada bien del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones bien de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

4 DOCE n.º C 241, de 21 de septiembre de 1992.

5 También se establece en esta Carta que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

6 Véase el Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro (A/61/299), en http://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_sp.pdf (consulta 14-09-2011).

7 Este convenio entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990 y en España el 5 de enero de 1991. El instrumento de ratificación español de este convenio data del 30 de noviembre de 1990 y fue publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

8 Véase artículos 34 y 35 del citado convenio.

niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000⁹, se ha sumado, entre otras, la desempeñada por el Consejo de Europa, donde se ha adoptado el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n.º 201), hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007^{10, 11}; o la desarrollada en la Unión Europea, cuya última fuente jurídica habría sido la recientemente aprobada Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo¹².

Este trabajo versa principalmente sobre la mencionada directiva, cuyo obligado cumplimiento para los Estados miembros de la Unión Europea comportará para éstos la acomodación de sus respectivas legislaciones nacionales a lo que en aquella se dispone a más tardar el 18 de diciembre de 2013¹³. Con la mirada puesta en un futuro proceso de adaptación legislativa de nuestro derecho interno al derecho de la Unión Europea, vamos a ofrecer una visión general del contenido de esta directiva para posteriormente centrar nuestra atención en el análisis de las obligaciones que para nuestro país se derivan de la misma en materia penal. Pero antes nos detendremos en recordar el tratamiento de esta cuestión por parte de la Unión Europea antes de la aprobación de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo.

II. Instrumentos de lucha contra la explotación sexual de los menores de la Unión Europea

1. Primeros pasos

La actividad de la Unión Europea en el terreno de la protección de los niños frente a su explotación sexual comenzó a raíz de la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1992. Como se recordará, éste había abierto un espacio a la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros de la Unión, facilitada por ésta, en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior^{14, 15}, que, entre otras cosas, estaba enfocado a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional (art. K.1.7 y 9). Entre esas otras formas graves de delincuencia internacional enseguida se apreció que se encontraba la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, procediéndose en un primer momento al establecimiento de un programa de estímulo e intercambio destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (96/700/JAI Acción común del Consejo de 29 de noviembre de 1996¹⁶). Poco después vio la luz la Acción común, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Eu-

9 El instrumento español de ratificación del mencionado protocolo se dio el 5 de diciembre de 2001, apareciendo publicado en el BOE de 31 de enero de 2002. De acuerdo con el Protocolo, éste entraría en vigor de forma general y para España el 18 de enero de 2002. No obstante, como bien ha observado Roca Agapito, L., «Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantiles», en *RJL*, 2002, n.º 3, p. 1780, con arreglo al derecho interno español su entrada en vigor no se habría podido producir hasta el 31 de enero de 2002 (art. 96.1 CE y art. 1.5 CC).

10 El instrumento de ratificación por España de este convenio se publicó en el BOE, n.º 274, de 12 de noviembre de 2010. Su entrada en vigor con carácter general se había producido el 1 de julio de 2010 y en España el 1 de diciembre de 2010.

11 Hay que destacar también que el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, establece la obligación de tipificar infracciones relativas a la pornografía infantil (art. 9).

12 DO L 335, de 17 de diciembre de 2011. Esta directiva ha entrado en vigor el mismo día de su publicación en el DO (art. 29).

13 Art. 27.1 de la Directiva.

14 Título VI del Tratado de la Unión Europea de 1992.

15 Al ser un pilar de cooperación intergubernamental el grado de institucionalización era menor y los mecanismos de adopción de decisiones estaban controlados por los Estados. Concretamente, los instrumentos jurídicos específicos que se preveían para el desarrollo del denominado Tercer Pilar susceptibles de ser adoptados por el Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro cuando se trataba de las materias contempladas en el artículo K.1.7 a 9, eran: la posición común, la acción común y los convenios internacionales (art. K.3). Siguiendo a Benzo Sáinz, F., «El Título VI del TUE: instrumentos, instancias decisorias e instituciones comunitarias en el Tercer Pilar», en *El Tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 1997, pp. 25-31, la posición común responde a la pretensión de que los Estados miembros de la Unión Europea unifiquen criterios respecto de una determinada cuestión y no tiene el valor de un auténtico instrumento jurídico; la acción común, adoptada por todos los Estados miembros de la Unión Europea les vincula jurídicamente tanto en su contenido como en las medidas que hayan de adoptar respecto de la misma y fundamentalmente comporta una obligación de resultado, que requiere de modificaciones legislativas en un plazo determinado, u obligaciones de comportamiento, que no implican necesariamente modificaciones legislativas; y los convenios internacionales, que, como es sabido, tienen fuerza vinculante para los Estados que los ratifiquen.

16 DO L 322 de 12 de diciembre de 1996.

ropea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (97/154/JAI)¹⁷, en la que ya se establecía el compromiso de los Estados miembros de revisar su legislación nacional en atención a una serie de medidas previstas en la acción común (la criminalización de determinadas conductas, el establecimiento de penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, el reconocimiento de responsabilidad jurídica a las personas jurídicas en relación con esos delitos, la atribución de competencia judicial y la adopción de medidas de protección y asistencia a las víctimas y sus familias) con las que se pretendía mejorar la cooperación judicial en la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños^{18, 19}. De esta forma el Consejo daba una respuesta a las peticiones del Parlamento Europeo y a las propuestas de la Comisión en favor de la protección de los menores frente a la violencia²⁰.

La reforma del Tratado constitutivo de la Unión Europea por el Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997²¹ supuso la mención expresa por parte del derecho originario de la Unión de la acción común para la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y los delitos contra los niños como uno de los medios para alcanzar un alto grado de seguridad de los

ciudadanos dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 29)²². Con base en esta disposición el Plan de acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, el 3 de diciembre de 1998²³, establecía que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del mencionado tratado, se identificarían las conductas que en el marco del crimen organizado, el terrorismo y el tráfico de drogas requerían de forma urgente y necesaria de la adopción de medidas que estableciesen reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos del delito y a las sanciones; elaborándose, si fuese necesario, medidas en consecuencia. A este fin la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en tanto estuvieran relacionadas con aquellas, se destacaban entre las conductas delictivas objeto de análisis prioritario. Al año siguiente el Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea indicaba que los trabajos para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debían centrarse en una serie limitada de sectores de especial importancia entre los que se encontraba la explotación sexual de la infancia²⁴.

17 DO L 63 de 4 de marzo de 1997.

18 En detalle Cuesta Arzamendi, J. L. de, «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos», en *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. CGPJ, 1999, pp. 356-359. Por su parte Díez Ripollés, J. L., «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española», en *RP*, 1998, n.º 2, pp. 17-22, analiza la sintonía de las medidas penales previstas en esa acción común y nuestro Código penal.

19 Sin perjuicio de especificaciones más precisas en las legislaciones nacionales, se entendía en esta acción común por explotación sexual de los niños las siguientes conductas: a) persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita; b) la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material.

20 En el caso del Parlamento Europeo podríamos mencionar la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Resolución sobre los menores víctimas de la violencia, de 19 de septiembre de 1996 (DO C320, de 28 de octubre de 1996), la Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996 (DO n.º C 20, de 20 de enero de 1997), la Resolución relativa a la protección y derechos del niño, de 20 de noviembre de 1997 (DO C 371/210, de 8 de diciembre de 1997), la Resolución relativa a la Comunicación sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños y el Memorandum concerniente a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños, de 6 de noviembre de 1997 (DO C 358, de 24 de noviembre de 1997), entre otras.

En el seno de la Comisión podríamos destacar la Comunicación de 27 de noviembre de 1996 relativa a la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños (DO C 3, de 7 de enero de 1997), la Comunicación relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 24 de abril de 1997 (DO C 150, de 19 de mayo de 1997).

Véase Cuesta Arzamendi, J. L. de, «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos», cit., pp. 341-353.

21 Este tratado entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

22 A ese fin, además del recurso a la cooperación policial y judicial, se preveía la posibilidad de aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros, si bien de forma limitada, pues únicamente ello sería factible cuando se tratase, por lo que aquí interesa, de delincuencia organizada, debiéndose además restringir la acción común a la adopción progresiva de medidas que estableciesen normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas (art. 29 *in fine* en relación con el art. 31.e).

23 Publicado en el DO C 19 de 23 de enero de 1999.

24 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/OI) se ha limitado a reconocer genéricamente el derecho de los menores a la protección y cuidados necesarios para su bienestar (art. 24.1).

Paralelamente la Unión Europea trabajaba en la protección de los menores en el marco del desarrollo de la industria europea de los servicios audiovisuales y de la información, llamando la atención sobre la necesidad de adoptar medidas para la prevención y la lucha contra el abuso sexual de los niños y, en particular, la producción, el tratamiento, la posesión y la difusión de material de pornografía infantil a través de Internet²⁵. La Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet²⁶, respondía a esa necesidad marcándose como objetivos concretos promover entre los usuarios de Internet la comunicación, directa o indirectamente, de sus sospechas sobre difusión de material pornográfico infantil a las autoridades policiales (art. 1.1); el establecimiento de unidades especializadas dentro del ámbito policial para el tratamiento con celeridad de la información sobre supuestos casos de producción, tratamiento, difusión y posesión de pornografía infantil (art. 1.2); y garantizar una actuación rápida por parte de las autoridades policiales (art. 1.3). En este marco se busca la cooperación más amplia y rápida posible de los Estados para facilitar la investigación y persecución de los hechos delictivos (art. 2), la cooperación de la industria y el estudio de las medidas para eliminar la pornografía infantil de Internet (art. 3)²⁷; en su caso, la modificación de los procedimientos penales y el

impulso de nuevas leyes para alcanzar los fines de la Decisión; y la cooperación de los Estados, en contacto con la industria, compartiendo experiencias y fomentando el establecimiento de filtros y otras posibilidades técnicas de prevención y de detección de la difusión de material de pornografía infantil (art. 5)²⁸.

El paso trascendental de la Unión Europea para lograr cierta armonización entre las legislaciones penales internas de sus Estados miembros en aras de frenar el grave problema que representa la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil se produjo unos años más tarde con la aprobación por el Consejo de la Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil²⁹. Aunque esta norma ha sido recientemente derogada vamos a señalar las que habrían sido sus líneas maestras y lo que significó para la legislación penal española, dado que este tipo de norma comunitaria, aunque no tenía un efecto directo, obligaba a los Estados miembros en cuanto al resultado que debía conseguirse, dejándoles en sus manos la elección de la forma y de los medios. Asimismo la influencia de esta Decisión marco en el derecho interno podría manifestarse en virtud del principio de interpretación de las normas nacionales de manera conforme al Derecho comunitario³⁰.

25 Libro verde de la Comisión sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información —COM (96)483 final—; Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel comparable y eficaz de protección de los menores y de la dignidad humana (DO L 270, de 7 de octubre de 1998); Consejo Europeo de Viena (1998); Decisión n.º 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet (DO L 33, de 6 de febrero de 1999); Posición común del Consejo 1999/364/JAI, de 27 de mayo de 1999, relativa a las negociaciones del proyecto de Convenio sobre delincuencia en el ciberespacio celebradas en el Consejo de Europa (DO L 142, de 5 de junio de 1999).

26 DO L 138 de 9 de junio de 2000.

27 Se establece una serie de medidas obligatorias para los proveedores de Internet que los Estados tienen que examinar: informar a las entidades competentes (autoridades policiales, entidades con vínculos privilegiados con éstas, unidades especializadas) acerca del material de pornografía infantil del que hayan tenido información o tengan conocimiento o se difundan mediante ellos; retirar de la circulación el citado material cuando tengan conocimiento y se difunda a través de ellos, salvo que las autoridades competentes dispongan otra cosa; conservar datos de tráfico durante el tiempo previsto en la ley nacional para facilitar la persecución penal en casos de sospecha de abuso sexual de menores y de producción, tratamiento y difusión de pornografía infantil; y crear sistemas propios de control destinados a luchar contra la producción, tratamiento, posesión y difusión del citado material (art. 3).

28 Las decisiones son normas obligatorias y desprovistas de efecto directo, que están destinadas a la realización de cualquier fin coherente con los objetivos de la cooperación policial y judicial en materia penal, a excepción de la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados.

29 DO n.º L 013 de 20/01/2004, pp. 0044-0048. Esta decisión marco entró en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 13). A través de la misma se deroga la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (art. 11).

30 Este principio, no obstante, tiene unos límites que merman de forma importante su potencial en la interpretación de las normas penales. En este sentido podemos tener presente la sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005 (asunto Pupino), en la que si bien se señala que «el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco», se añade que ha de hacerlo dentro de ciertos límites. Así los principios generales del derecho y particularmente el de legalidad, certeza y no retroactividad, que impiden que una interpretación confor-

En primer lugar, y como punto de partida, esta Decisión marco definía cuatro conceptos importantes en el tratamiento del fenómeno de la explotación sexual de los niños y de la pornografía infantil, anticipándose así a los potenciales peligros que pudieran surgir a raíz de posibles interpretaciones diferentes por parte de los Estados de esos términos. De entre ellos interesa especialmente resaltar en estos momentos dos. Se asentaba que a los efectos de esta decisión marco el término «niño» designaba a cualquier persona menor de 18 años (art. 1 a) y se establecía un concepto amplio de pornografía infantil. Con arreglo al mismo la «pornografía infantil» era cualquier material pornográfico que describiese o representase de manera visual: i. a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño; o ii. a una persona real que parezca un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i; o iii. imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i (art. 1 b).

A tenor del mencionado concepto la pornografía infantil podía comportar efectivamente la utilización de un menor real, pero ello no era necesario en la medida en que aquella se construía también sobre la apariencia de la existencia de un menor real proporcionada bien por un adulto real que parece ser un niño (pornografía infantil técnica) bien por la creación de una imagen realista de un niño que no existe realmente (pornografía

infantil artificial). Se perseguía, consiguientemente, la incriminación no sólo de las conductas que afectaban directamente a concretos menores sino también de la propia actividad de creación de material calificable objetivamente como de pornografía referida a menores³¹. De esta forma el Consejo parecía posicionarse en favor de los planteamientos que vinculan el consumo de pornografía infantil con la comisión de abusos sexuales a menores y/o identifican la dignidad y el respeto a la infancia, en cuanto colectivo, como bien jurídico necesitado de protección penal por la afectación que para el mismo comporta la pseudopornografía infantil³².

Seguidamente esta Decisión marco establecía la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de adoptar las medidas que fuesen necesarias para garantizar la punibilidad de una serie de conductas de naturaleza dolosa o intencional que se engloban bajo dos títulos distintos: las infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños (art. 2) y las infracciones relacionadas con la pornografía infantil (art. 3).

Al grupo de las infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños pertenecían las conductas consistentes en: a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines; b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos; c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: i. hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza, ii. ofrecer al niño

me a una decisión marco no ejecutada a nivel nacional pueda determinar o agravar la responsabilidad penal de aquellos que actúan con violación de sus disposiciones. Sobre esta sentencia véase Sarmiento, D., «Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco», en *REEI*, 2005, n.º 10, pp. 1-32; Manes, V., «La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de Derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 —Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— Gran Sala (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento *Pupino*)», en *RECPC*, 2007, 09-07, pp. 1-20.

31 Se suelen diferenciar tres tipos de pornografía infantil. La denominada pornografía infantil real, elaborada mediante la utilización directa y efectiva de un menor; la llamada pornografía infantil simulada o pseudopornografía, en la que no participan ni directa ni indirectamente menores, dentro de la cual se distingue entre la pornografía infantil técnica y la pornografía infantil artificial. La pornografía infantil técnica es aquella en la que aparecen personas adultas que aparentan ser menores, siendo indiferente el procedimiento a través del cual se logra que la persona adulta presente la apariencia de un menor de edad, así como que éste se realice sobre el propio sujeto real (maquillaje, vestimenta) o sobre el soporte (utilización de programas de tratamiento de imágenes, etc.), incluso podría darse el caso de que el propio desarrollo biológico de la persona adulta, hiciese que aún pareciese ser un menor de edad. La pornografía infantil artificial es aquella que se crea mediante medios tecnológicos de manipulación de imágenes, siempre y cuando estas imágenes no sean imágenes de menores reales. De ser así hablaríamos de pornografía infantil virtual consistente en imágenes ficticias creadas parcialmente mediante fotografías de menores reales e identificables. Esta última abarca también en nuestra legislación el material pornográfico en el que se utiliza la voz modificada o alterada de un menor.

32 El mantenimiento de un concepto tan extenso de pornografía infantil se ha defendido desde consideraciones de orden práctico. Se ha subrayado la dificultad de la investigación criminal de estos delitos como consecuencia de la alta calidad de las imágenes creadas a través de programas informáticos; las complicaciones que para las acusaciones suscita la prueba de que efectivamente las imágenes no han sido creadas informáticamente, obligándola a demostrar que el menor es real. También se ha apuntado que la legalización de la pseudopornografía infantil contribuye a la aceptación de conductas que atentan contra la dignidad de la infancia.

dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, iii. abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño.

Se describían como infracciones relacionadas con la pornografía infantil las conductas, realizadas o no mediante sistemas informáticos³³, cometidas sin derecho, de producción, distribución, difusión o transmisión, ofrecimiento o suministro, adquisición o posesión de pornografía infantil (art. 3.1. a, b, c y d). Si bien por lo que se refería a la configuración de este ámbito delictivo a nivel interno se dotaba a los Estados de cierta flexibilidad en la tipificación penal, facultándoles a excluir de responsabilidad penal a determinadas conductas de pornografía infantil. Concretamente aquellas conductas cuyo objeto material fuese la pornografía infantil protagonizada por una persona real que parecía ser un niño y que en el momento de la representación hubiera tenido al menos 18 años (art. 3.2.a); la producción y posesión de imágenes de un niño (niño real o persona real que aparentaba ser un niño) cuando éste había alcanzado la edad de consentimiento sexual y mediaba su consentimiento siempre que fuese exclusivamente para uso privado (art. 3.2.b)³⁴; y tratándose de imágenes realistas de un niño inexistente cuando quedase acreditado que el productor producía el material pornográfico y estaba en posesión del mismo estrictamente para uso privado, siempre que para esa producción no se hubiese ya utilizado el material pornográfico referido a niño real o persona real que aparentase ser un niño y que el acto no entrañase ningún riesgo de difusión de material (art. 3.2.c).

Las conductas descritas serían igualmente punibles en la forma de la inducción y de la complicidad en la comisión de las infracciones penales (art. 4.1), debiéndose además castigar la tentativa de las infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños y de las infracciones concernientes a la pornografía infantil consistentes en producir, distribuir, difundir o transmitir pornografía infantil (art. 4.2).

En tercer lugar se asentaba la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas pudieran ser consideradas

responsables de estos delitos³⁵. Esto ocurriría cuando las infracciones fuesen cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ocupase una posición de mando dentro de dicha persona jurídica, en virtud de un poder de representación de dicha persona jurídica, una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica o una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica (art. 6.1) así como cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas anteriormente referidas hubiese hecho posible que cometiese esas infracciones, en provecho de la persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última (art. 6.2)³⁶.

En cuarto lugar se establecía en la Decisión marco una serie de obligaciones relativas a la respuesta a tales comportamientos. Por lo que se refiere a las personas físicas todas las infracciones que en la Decisión marco se describían habían de castigarse con sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre uno y tres años (art. 5.1). Pero sólo en principio, porque seguidamente se indicaban sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años para la gran parte de las infracciones penales. En primer lugar para las infracciones consistentes en coaccionar a un niño para que se prostituyese o participase en espectáculos pornográficos y practicar con un niño actividades sexuales recurriendo como medio al uso de la coacción, la fuerza o la amenaza (art. 5.2.a). En segundo lugar en las conductas que entrañaban lucrarse con la prostitución de un niño o explotarle de cualquier otra manera para tal fin, o captar a un niño para que se prostituyese cuando pudiera darse al menos alguna de las circunstancias siguientes: que la víctima fuese un niño que no hubiese alcanzado la edad del consentimiento sexual según el Derecho nacional, que el autor hubiese puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño, que la infracción se hubiese cometido empleando violencia grave contra el niño o causándole un daño grave, que la infracción se hubiese cometido en el marco de una organización delictiva según la

33 Por «sistema informático» se entiende cualquier dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados, uno o más de los cuales realice, de acuerdo con un programa, un tratamiento automático de datos (art. 1 c).

34 Sigue diciendo el artículo 3.2.b que el consentimiento no será válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor.

35 Por «persona jurídica» se entiende cualquier entidad que con arreglo a la ley aplicable tenga esa consideración, con excepción de los Estados o demás organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal, y de las organizaciones internacionales públicas (art. 1 d).

36 La responsabilidad de las personas jurídicas se entenderá sin perjuicio de las acciones penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de alguna de esas infracciones (art. 6.3).

definición de la Acción Común 98/733/JAI cualquiera que fuese el grado de la sanción contemplada en dicha Acción Común (art. 5.2.b). Y en tercer lugar en las acciones que comportaban lucrarse con la participación del niño en espectáculos pornográficos o explotarle de cualquier otra manera para tal fin, o captar a un niño para que participase en espectáculos pornográficos, o practicar con un niño actividades sexuales recurriendo como medio al ofrecimiento al niño de dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se prestase a practicar actividades sexuales o al abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, y producir, distribuir, difundir o transmitir, ofrecer o suministrar pornografía infantil cuando la víctima era un niño que no había alcanzado la edad de consentimiento sexual según el Derecho nacional y se daba al menos una de las circunstancias contempladas en el art. 5.2.b, excluida evidentemente la de no haber alcanzado la víctima la edad de consentimiento sexual (art. 5.2.c).

Además de la privación de libertad los Estados debían garantizar que quien había cometido cualquiera de las infracciones descritas en la Decisión marco pudiera, en su caso, ser inhabilitado, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades profesionales que supusiesen el cuidado de niños (art. 5.3). Aquellos también eran facultados para adoptar otras sanciones, incluidas las no penales, o medidas respecto de la pornografía infantil consistente en imágenes realistas de un niño inexistente (art. 5.4).

En el caso de las personas jurídicas se preveía la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirían multas de carácter penal o administrativo y podrían abarcar otras sanciones tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, sometimiento a vigilancia judicial, medida judicial de liquidación, cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados en la comisión de la infracción (art. 7.1).

Otros aspectos de interés que se abordaban en la Decisión marco eran de naturaleza procesal y de naturaleza protectora y asistencial.

Desde la perspectiva procesal había que destacar, por un lado, la obligación de los Estados de atribuir-

se competencia para conocer de estas infracciones en tres casos: si la infracción se había cometido, total o parcialmente, en su territorio; si el autor de la misma era uno de sus nacionales; y cuando la infracción era cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio (art. 8.1). En estos dos últimos supuestos si la infracción se cometía fuera de su territorio los Estados podría decidir no declararse competentes para conocer o aplicar su competencia sólo en casos o en circunstancias específicas (art. 8.2). En este marco y en relación con los Estados que se negaban a extraditar a sus nacionales, se les exigía que adoptasen las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de estas infracciones y, en su caso, perseguirlas judicialmente (art. 8.3). La competencia de los Estados debía abarcar también las situaciones en las que las infracciones se cometían mediante un sistema informático al que se accedía desde su territorio, con independencia de que dicho sistema se encontrase o no en él (art. 8.5). Por otro lado, se señalaba que los Estados habían de adoptar las medidas necesarias para que, de conformidad con la legislación nacional, se pudiera enjuiciar al menos las infracciones más graves relativas a la explotación de menores después de que la víctima hubiese alcanzado la mayoría de edad (art. 8.6)³⁷.

En el orden de la protección y la asistencia a las víctimas se preveía que la investigación y el enjuiciamiento de estas infracciones no se supeditase a la denuncia o acusación de las víctimas al menos cuando la infracción se hubiese cometido total o parcialmente en el territorio que las investigaba o juzgaba (art. 9.1)³⁸; que se otorgase la consideración de víctima especialmente vulnerable a las víctimas de las infracciones relativas a la explotación sexual (art. 9.2)³⁹; y que se dispusiese la adopción de todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima (art. 9.3)⁴⁰.

A la entrada en vigor de esta Decisión marco, el 20 de enero de 2004, la regulación española de los delitos sexuales en perjuicio de los menores acababa de ser objeto de dos reformas. Una de las reformas había tenido lugar con ocasión de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e inte-

37 Véase artículo 132.1.p.2 CP.

38 Véase artículo 191 CP.

39 La consideración de víctima especialmente vulnerable tiene el sentido que se le da en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (arts. 2.p. 2, 8.p.4 y 14.p.1).

40 En particular se menciona la aplicación a la familia del artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

gración social de los extranjeros⁴¹; y la otra en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal⁴². Con posterioridad a esta última, que no adquiriría vigencia hasta el uno de octubre de 2004, no se llegaría a producir una nueva modificación de la mencionada regulación hasta la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Esta ley, que comenzaría a desplegar efectos jurídicos a partir del 23 de diciembre de 2011, sería el vehículo a través del cual el legislador español acometería la transposición a nuestro Derecho penal de los mandatos de la Decisión marco⁴³. Habían pasado ya cuatro años desde que concluyera el plazo indicado por la citada norma para que los Estados adaptasen su legislación nacional a lo en ella dispuesto⁴⁴; para entonces en el seno de la Unión Europea se había abierto ya un proceso legislativo dirigido a sustituirla⁴⁵.

Las discrepancias más notables entre la regulación penal española antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010 y las exigencias que marcaba la Unión Europea relativas a la criminalización y el castigo de la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil serían la ausencia de reconocimiento a las personas jurídicas de responsabilidad por esos delitos y vinculado con ello la no imposición a las mismas de sanciones, incluidas entre ellas la pena de multa; la falta, insuficiente o discutible tipificación de algunas de las conductas descritas en la Decisión marco (estaríamos pensando, por ejemplo, en el ofrecimiento al niño de dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que éste se prestase a practicar actividades sexuales⁴⁶; en la conducta de lucrarse de la prostitución de un niño⁴⁷; o la captación de menores para participar en espectáculos pornográficos o la conducta de lucrarse de esa participación; el ofrecimiento de pornografía infantil; o la adquisición de pornografía infantil⁴⁸); el

41 La LO 11/2003 modificó el artículo 188 para castigar a quien se lucrara explotando la prostitución de otra persona y recondujo a un nuevo artículo 318 *bis* la conducta del tráfico de personas para su explotación sexual.

42 La LO 15/2003 incidió en las agresiones y abusos sexuales cualificados, con el objetivo de impedir interpretaciones de las normas que obstaculizasen castigar conductas de especial gravedad, y en la explotación sexual de menores e incapaces, que comportaba una reforma importante del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica de tipificación de los delitos e introduciendo nuevos tipos penales como el delito de posesión para el uso propio de material pornográfico en el que se hubiesen utilizados menores o incapaces o el tipo de pornografía virtual infantil (Exposición de motivos III).

43 Así se reconoce en la propia exposición de motivos de la ley (XIII).

Véase la propuesta de transposición de la Decisión marco 2004/68/JAI de Álvarez García, J., «Explotación sexual y pornografía infantil (Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2006, N.º Extra 2015, *Armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, pp. 89-97.

44 Esta Decisión marco tenía que ser cumplida por los Estados miembros a más tardar el 20 de enero de 2006 (art. 12.1).

45 Obsérvese, por ejemplo, que el 19 de marzo de 2010 la Comisión Europea hacía pública su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI —COM(2010)94 final—.

46 Nuestros tribunales había venido manteniendo criterios dispares sobre la relevancia penal de la conducta del cliente de prostitución infantil; situación que determinó que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunciase sobre el particular para unificar criterios mediante un acuerdo no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999. En éste se consideró que la conducta del cliente inducía o favorecía el mantenimiento del menor en la situación de prostitución dependiendo de la reiteración de los actos y la edad más o menos temprana del menor; perdiendo fuerza el primer criterio cuando la edad era claramente inferior a la mayoría de edad, esto es, 13, 14 ó 15 años.

Recuerdan las distintas corrientes interpretativas Morales Prats, F./ García Albero, R., «Comentarios al Libro II: Título VIII: Capítulo V», en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, cit., pp. 1208-1211.

47 La intervención lucrativa en la prostitución de un menor no está tipificada en nuestro Código penal con claridad, incluso podría afirmarse que no lo está si nos apegásemos al tenor literal del artículo 188.3 («si las mencionadas conductas se realizan sobre una persona menor de edad... para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución»), pues es evidente que lucrarse de la explotación de otra persona, en este caso un menor, puede ser la causa de iniciarle o mantenerle en la prostitución pero no el instrumento de iniciación o mantenimiento en la prostitución. Si el agravio comparativo e incluso insentido que supondría castigar sólo a aquellos que se lucran de la prostitución de una persona adulta y no de la de un menor puede salvarse llamando la atención sobre el hecho de que la punición de la intervención lucrativa en la prostitución se realizar a partir de la aceptación de la enmienda n.º 147 del Grupo Parlamentario Catalán al proyecto que sería aprobado como LO 11/2003 sin tener presente las repercusiones que ello iba a tener en otras normas para armonizar su redacción; más problemático resulta extender el castigo a toda intervención lucrativa en la prostitución de un menor. Ello es debido a la interpretación restrictiva que se ha hecho del artículo 188.1 inciso final de nuestro Código penal, considerándose que sólo cuando la persona ejerce o se mantiene en la prostitución como consecuencia del empleo de violencia, intimidación o engaño, o abuso de una

significado del concepto de pornografía infantil penalmente relevante, construido en la legislación penal española sobre la base de la utilización de un menor real bien directamente bien a través del empleo de su imagen o voz alterada o modificada en la elaboración del material pornográfico; y, en algunos casos, la distinta valoración de la gravedad del hecho manifestada en la pena. En este punto concreto, téngase presente que la Decisión marco no discriminaba a efectos de pena entre el grado de ejecución del delito (tentativa o consumación) o el tipo de participación (autoría, inducción y complicidad), a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema de determinación de la pena para los delitos, en el que no se valora igualmente la tentativa que la consumación y se distingue entre autoría (autores en sentido estricto, inductores y cooperadores necesarios) y complicidad, lo que determinaba que en esos casos la pena no alcanzase al menos la duración máxima que exigía la Decisión marco. Si en este caso la exigencia punitiva de la regulación española resultaba menor, como también ocurría en algún delito (así en las agresiones sexuales básicas o en el delito de prostitución de menores del artículo 187); en otros casos ocurría lo contrario (abuso sexual de prevalimiento cualificado

del artículo 182.1 o abuso sexual por engaño cualificado del 183.2, por ejemplo).

La mayoría de las diferencias mencionadas fueron resueltas satisfactoriamente desde la perspectiva de la Decisión marco con la entrada en vigor de la LO 5/2010, pero no todas^{49,50}.

A través de ésta se produjo el reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas, aunque no en relación con todas las conductas delictivas previstas en la Decisión marco, dado que, de acuerdo con el artículo 189 *bis* del CP, aquellas serán responsables penalmente de los que en nuestro Código penal se agrupan bajo la rúbrica de delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, lo que excluye su responsabilidad penal por la realización de actividades sexuales haciendo uso de la coacción, la fuerza o la amenaza o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño (agresiones y abusos sexuales a menores). Sí ha quedado cubierta debidamente la cuestión sancionadora a través de la imposición imperativa de la pena de multa proporcional y facultativa del resto del amplio elenco de penas susceptibles de aplicarse a las personas jurídicas⁵¹.

situación de superioridad o abuso de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima por parte de un tercero puede aplicarse el tipo penal. Esta interpretación se ha realizado, no obstante, pensando única y exclusivamente en la explotación lucrativa de la prostitución de un adulto con el consentimiento del mismo, limitándose la criminalización a aquellas conductas que degradan la libertad y la dignidad de la persona prostituida. De forma, que sería posible mantener otro criterio en el caso de que la persona prostituida fuera un menor al no poder en relación con la misma predicar la libertad de decidir realizar actividades sexuales a cambio de un precio. Llegados a este punto es interesante la consideración que realiza Álvarez García, J., «Explotación sexual y pornografía infantil (Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)», cit., p. 95, del tipo penal de lucrarse de la prostitución como un tipo autónomo.

La mencionada línea jurisprudencial, por otra parte, se expone, por ejemplo, en la STS 126/2010, de 15 de febrero (F.J. 4^o), en la que se considera que «... no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito ... sino que se requieren actos de una mayor entidad desde la perspectiva de su ilicitud», y, recordando otras sentencias anteriores de este mismo órgano judicial (STS 445/2008, de 3-7; 450/2009, de 22-4; y 1171/2009, de 10-11), se establece que para que ello sea así se tienen que dar los siguientes requisitos: a) los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad; b) quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución; c) la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo; d) la percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. Igualmente se afirma que tiene que darse una «explotación directa y principal de la prostitución ajena en la que se trasluzca una relación de subordinación de la prostituta con respecto al empresario o empleador», lo que exige «una relación de dependencia de cierta intensidad en la que se vea limitada la autonomía prestacional de la persona que ejerce la prostitución, y en la que el beneficio lucrativo porcentual alcance relevancia desde la perspectiva de los ingresos de la víctima, a quien se acaba degradando».

48 Un seguimiento de las modificaciones que han sufrido los delitos relativos a la pornografía infantil desde la aprobación de la LO 10/1995 en Fernández Teruelo, J. G., *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Ed. Lex Nova, 2011, pp. 107-151.

49 Entre las exigencias de la Decisión marco que quedaron pendientes de cumplimiento se encontraría la ejecución de las modificaciones necesarias para castigar las conductas relacionadas con la pornografía infantil artificial, dado que ésta sólo en parte, como vimos, podía quedar excluida de la relevancia penal; o la adquisición de pornografía infantil desconectada de la posesión.

50 Véase Cugat Mauri, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L., (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 225-247.

Se ha incriminado la captación de menores para participar en espectáculos pornográficos, las conductas consistentes en lucrarse de esta participación (art. 189.1.a), el ofrecimiento de material pornográfico (art. 189.1.b) y la conducta del cliente de prostitución de menores (art. 187.1)⁵².

Las circunstancias de las que la Decisión marco hacía depender en relación con determinadas infracciones la imposición de una pena más grave, algunas de las cuales ya había sido tenidas en cuenta por nuestro legislador penal para construir tipos agravados, no se han recogido plenamente. Así por lo que se refiere a la modalidad menos grave de explotación de un niño para la prostitución, nos encontramos con que sí se ha recogido un tipo agravado por ser la víctima menor de la edad de consentimiento sexual —13 años— (art. 187.2), manteniéndose la cualificación por la pertenencia del culpable a una organización que se dedique a tales actividades (art. 187.4), pero no se han incorporado las circunstancias específicas de que se haya puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño o que el hecho se haya cometido causándole un daño grave. En cambio el tipo del 188.2, donde sería reconducida la conducta de prostitución coactiva a un menor, merecedora ya de la mayor pena contemplada en la Decisión marco sin necesidad de la concurrencia de otras circunstancias, se completa con prácticamente todo el elenco de circunstancias cualificadoras de la pena mencionadas en la Decisión marco. En concreto se ha introducido la circunstancia cualificada basada en la falta de la edad de consentimiento sexual de la víctima (art. 188.3) y las circunstancias agravantes de la pertenencia del culpable a una organización que se dedique a tales actividades (art. 188.4.b) y de la puesta en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave de la vida o salud de la víctima (art. 188.4.c)⁵³. Finalmente en el caso de los delitos relativos a la participación de menores en espectáculos pornográficos y a la pornografía infantil cabe resaltar que a pesar del elenco de circunstancias agravantes que

se recogen en el artículo 189.3, no se mencionan todas aquellas de las que se haría depender de acuerdo con la Decisión marco la imposición de una pena de privación de libertad de duración máxima entre 5 y 10 años (faltaría la referencia a que se haya puesto en peligro de forma deliberada o por imprudencia temeraria la vida del niño o que el hecho se haya cometido empleando violencia grave contra el niño o causándole un daño grave).

Las reiteradas referencias que se hacen en el catálogo de circunstancias agravantes de la Directiva a los menores que carecen legalmente de la capacidad de consentimiento en el plano sexual ha influido también en la elaboración de una regulación específica de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, que ha dado lugar a un nuevo capítulo (capítulo II *bis*) dentro del Título VIII del Libro II del Código penal.

La adaptación de las sanciones penales destinadas a las personas físicas a las exigencias de la Decisión marco ha provocado que la LO 5/2010 eleve en varios casos el límite máximo del marco penal anteriormente previsto, lo que ha tenido repercusiones en otros tipos para evitar solapamientos de penas (así en las agresiones sexuales básicas del artículo 178 y las cualificadas del artículo 180.1 primer inciso, o en los delitos del artículo 189.1 y 189.3). Asimismo se ha producido un exceso en la gravedad de la pena que exigía la Decisión marco para determinadas infracciones; tal habría sido el caso por ejemplo de los delitos del artículo 189.1, en los que el hecho de que la víctima sea un menor de trece años determina la aplicación de una pena de prisión de cinco a nueve años sin necesidad de que concorra una segunda circunstancia agravante. En el ámbito de los abusos sexuales también se observa la desarmonía penológica entre nuestra legislación y la Decisión marco, seguramente debido a que ésta no ha tenido presente que las actividades sexuales pueden comprender actos de distinta gravedad.

51 Éstas son: disolución; suspensión de actividades; clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de los beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social; intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (art. 33.7).

52 La LO 5/2010 introdujo también un nuevo artículo 177 *bis* en el que se tipifica el delito de trata de seres humanos. Alguna de las conductas que allí se describen podrían entrar en concurso con algunos de los delitos mencionados. Así, por ejemplo, la modalidad típica de la trata de seres humanos consistente en la captación de un menor, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, con fines de explotación (art. 177 *bis* 2).

53 No se habría realizado ninguna referencia al empleo de violencia grave para cometer el delito ni a la causación de un daño grave. El empleo de violencia grave, no obstante, puede aparecer, según el caso, como un elemento integrante del tipo del 188.2.

2. La Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo

2.1. Observaciones previas

El 13 de diciembre de 2011 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaban la Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Esta directiva, que a más tardar deberá de ser cumplida por sus destinatarios, los Estados miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca⁵⁴, el 18 de diciembre de 2013 (art. 27.2), presenta como objetivo destacado el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos⁵⁵. Pero también incorpora medidas para la mejora de la prevención de estos delitos y la protección de las víctimas (art. 1).

Como veremos, a través de esta directiva la Unión Europea da continuidad a la política criminal plasmada en la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, profundizando en los instrumentos de lucha contra el abuso y la explotación sexual de los menores, modificando y ampliando las vías abiertas en aquella, e incorporando, aunque son detenerse en detalle, un nuevo enfoque en el tratamiento de esta problemática que atiende a la figura de la persona que manifiesta tendencias sexuales hacia los niños.

El nuevo instrumento jurídico a través del cual se materializa esta política criminal, dejando de momento su

contenido, destaca especialmente por adoptar la forma de directiva y ser obra conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo. El hecho de que la nueva norma sea una directiva conlleva el reconocimiento de su eficacia directa en aquellos casos en los que transcurrido el plazo para su transposición al derecho interno el Estado no haya cumplido esta obligación. No obstante, parece, a tenor del contenido de la Directiva 2011/92/UE, que llegado el caso de su no transposición a tiempo, su eficacia directa estará sensiblemente limitada en la medida en que su contenido está dedicado en gran parte al tratamiento de cuestiones penales. A este respecto podemos recordar que la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha considerado que el efecto directo de las directivas está restringido a la posibilidad de que los particulares puedan invocar ante los tribunales y frente al Estado el reconocimiento de los derechos o beneficios que a su favor se puedan desprender de la directiva (eficacia directa vertical)⁵⁶; quedando excluido, consiguientemente, que la directiva por sí misma y con independencia de la legislación nacional de ejecución determine o agrave la responsabilidad penal de los que actúa infringiendo sus disposiciones⁵⁷. Sí sería factible la invocación de la eficacia directa de aquellas normas relativas a la materia penal que favorecen a las personas, siempre y cuando la disposición de la Directiva cuya eficacia directa se pretende sea lo suficientemente precisa e incondicionada en su contenido⁵⁸. Por otra parte, una directiva no transpuesta en plazo, al igual que ocurría con la decisión marco, condiciona la interpretación de las normas nacionales en atención al principio de interpretación del derecho nacional de manera conforme a la directiva⁵⁹.

54 Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

Dinamarca no participó en la adopción de esta directiva y no está sujeta a la misma de acuerdo con los artículos 1 y 2 del Protocolo (n.º 22) sobre la posición de Dinamarca, adjunto al Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

55 Obsérvese que en la versión inglesa de esta directiva no se precisa que el embaucamiento de menores con propósito sexual tenga que realizarse mediante medios tecnológicos.

56 De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el efecto directo de la directiva esta condicionado a que la disposición de la directiva sea suficientemente precisa e incondicionada en su contenido. Véase Mangas Martín, A., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed. Tecnos, 2010, pp. 371-385.

57 Caso Marshall, sentencia 26 febrero 1986; caso Pretore de Saló, sentencia de 11 de junio de 1987; caso Kolpinghuis Nijmegen, sentencia de 8 de octubre de 1987.

58 Se considera que no se dan estos requisitos cuando la norma expresamente prevé la intervención ulterior del Estado, siendo ésta además un complemento indispensable sin el cual no pudiese aplicarse.

59 Este principio, como ya dijimos anteriormente, no es ilimitado. Como señala Mangas Martín, A., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 383-385, no puede ser tenido en cuenta ante la ausencia de normas nacionales sobre la cuestión que permita alcanzar el resultado buscado por la norma comunitaria o existiendo no se presten a ser interpretadas en el sentido de ésta; y tampoco cabe una interpretación que imponga a un particular una obligación prevista en la norma comunitaria a la que no está adaptada el derecho nacional ni cabe aquella interpretación que determine o agrave la responsabilidad penal de quien contravenga las disposiciones de la Directiva, con base en esta norma comunitaria pero sin una ley nacional adoptada para su aplicación.

Centrándonos ya en el contenido de la Directiva, las principales novedades que presenta esta nueva norma en materia penal se encuentran en la extensión de las conductas delictivas respecto de las que se considera necesario establecer normas mínimas y en el señalamiento particularizado para cada una de ellas de las penas aplicables a las personas físicas, mediante la determinación de la naturaleza de la pena, siempre privativa de libertad, y la exigencia de una duración mínima para el límite máximo de su marco penal. Sobre la tipificación de algunos de estos delitos se proyecta otra importante novedad de la Directiva, la facultad de los Estados de decidir la naturaleza consentida de actos sexuales realizados por menores a los que legalmente se les niega la capacidad de autodeterminación en el plano sexual. La Directiva aclara además el significado de expresiones fundamentales para determinar las conductas punibles como son las de «espectáculo pornográfico» y «prostitución infantil», que se suman a la de «pornografía infantil», sobre la que se habría incidido también esta ocasión para dotarla de mayor claridad.

La ampliación de las infracciones penales ha llevado consigo, por otra parte, la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas a aquellas, sin que se hayan visto afectadas ni la forma de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas ni las sanciones a ellas aplicables (arts. 12 y 13)⁶⁰. Novedoso se presenta también el reconocimiento a las víctimas de los delitos relacionados con la explotación sexual (con alguna excepción lógica) y del delito de producción de pornografía infantil de la posibilidad de no ser enjuiciadas o de no recibir pena por su participación en actividades delictivas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de esos delitos.

En el orden procesal la Directiva aporta como novedad el establecimiento para los Estados de la obligación, no sujeta ya a excepción alguna, de conocer de estos delitos cuando son cometidos por sus nacionales fuera de su territorio (art. 17.1 b) e incide de nuevo en la supresión de los principios que pudieran

condicionar la persecución penal. Además se persigue la articulación de instrumentos de investigación eficaces con la mirada especialmente puesta en el *modus operandi* de estos delincuentes en el contexto de Internet.

Otra de las aportaciones de esta directiva se condensa en el desarrollo de medidas preventivas, entre las que destacaremos en estos momentos los programas de intervención con las personas que manifiestan tendencias sexuales hacia los niños; unos programas que pueden ser seguidos incluso por personas que no han incurrido en conductas delictivas como consecuencia de esas tendencias.

Las medidas asistenciales y de protección a las víctimas son objeto por su parte de mayor atención y detalle.

Antes de detenernos en la exposición del conjunto de medidas en las que ha confiado la Unión Europea para la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, es interesante llamar la atención sobre una cuestión terminológica. Como es sabido, a raíz del Convenio sobre los Derechos del Niño se generalizó en el contexto internacional el uso del término niño para referirse a «todo ser humano menor de 18 años de edad»⁶¹. Una muestra de ello habría sido la adopción del mismo en la primera norma de la UE dirigida a la aproximación de las legislaciones de sus Estados miembros en materia de lucha contra la explotación sexual, la mencionada Decisión marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (art. 1.a)⁶². Sin embargo, con arreglo al lenguaje usual de las palabras el término niño designa una concreta realidad⁶³ que sólo en parte es coincidente con la definición jurídica de niño en el plano internacional. Un hecho que provocaría la dificultad entre los legos de entrever rápidamente a quienes se está refiriendo la norma; en el caso de la mencionada decisión marco quiénes eran los auténticos destinatarios de la protección frente a la explotación sexual que se dispensaba. Así las cosas, la nueva directiva de la Unión Europea sobre el particular se ha decantado por sustituir el tér-

60 Anteriormente artículos 6 y 7 de la DM 2004/68/JAI.

61 El artículo 1 del citado convenio matiza «salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

62 Véase también el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (art. 3.a); la Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores (art. 2.a); o la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de los niños (art. 2).

63 La primera acepción que el diccionario de la RAE recoge de niño es la siguiente: «que está en la niñez», definiendo la niñez como «el período de la vida humana que se extiende hasta la pubertad».

mino niño por el de menor⁶⁴, más en consonancia con el significado usual de las palabras, aunque esta decisión no la ha llevado a sus últimas consecuencias dado que se sigue manteniendo la expresión pornografía infantil y también se utiliza la de prostitución infantil, aunque las mismas tengan por objeto a toda persona menor de edad.

2.2. Medidas penales

La Directiva 2011/92/UE ha dispuesto la obligación de tipificar como delitos determinadas conductas dolosas de naturaleza sexual en perjuicio de los menores. En su mayoría éstas ya se contemplaban en la Decisión marco 2004/69/JAI, de ahí que en estos momentos debamos particularmente destacar, por la novedad que representa, la autonomía y la ampliación de las infracciones relacionadas con los abusos sexuales y la criminalización del denominado en la Directiva embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, que, como veremos, engloba unas conductas que se conocen genéricamente como *online child grooming*.

Las conductas cuya incriminación demanda la Directiva son clasificadas por éstas en tres grupos —infracciones relacionadas con los abusos sexuales (a), infracciones relacionadas con la explotación sexual (b) e infracciones relacionadas con la pornografía infantil (c)— a excepción del embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, sobre el que versa el artículo 6 (d)⁶⁵. Estas infracciones, sobre las que la Directiva proyecta un amplio elenco de circunstancias agravantes (f), tienen que ser igualmente punibles en su mayor parte cuando el hecho queda en grado de tentativa o se trata de una conducta de inducción o de cooperación para su comisión (e).

Al hilo de cada una de las infracciones penales la Directiva ha establecido además la naturaleza y la duración que como mínimo tiene que alcanzar el límite máximo de la pena, siempre privativa de libertad, con

la que deben ser castigadas⁶⁶, sin perjuicio de la aplicación de otras penas (g). La duración de la pena privativa de libertad, como veremos enseguida, en el caso de algunas de las infracciones relacionadas con los abusos sexuales y las infracciones relacionadas con la explotación sexual está en función de si el menor víctima del delito tenía o no la edad de consentimiento sexual, esto es, la edad por debajo de la cual, de conformidad con el derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor (art. 2.b)⁶⁷.

a) Las conductas que reciben la consideración de infracciones relacionadas con los abusos sexuales aparecen descritas, de menor a mayor gravedad, en el artículo 3 de la Directiva. La tipificación como delito de una buena parte de las mismas ya había sido demandada, como vimos, en la Decisión marco 2004/69/JAI, en la que se presentaban como formas de explotación sexual de los niños (tal era el caso, de la conducta consistente en practicar con un niño actividades sexuales recurriendo al uso de la coacción, la fuerza o la amenaza; o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre un niño); la exigencia de dar relevancia penal a otras conductas sexuales en daño de los menores, articuladas también como formas de abusos sexuales, representa, sin embargo, una de las novedades de la Directiva fruto de una visión más amplia del fenómeno de la delincuencia sexual en perjuicio de menores. Este nuevo enfoque de la problemática toma, por otra parte, como punto de referencia para determinar la gravedad de algunas de las conductas, y consiguientemente de la pena, la capacidad del menor para consentir válidamente la realización de actos sexuales.

En concreto las conductas relacionadas con los abusos sexuales cuya punición se pretende se realice con criterios uniformes y las penas máximas para ellas previstas las enunciamos seguidamente:

- Hacer, con fines sexuales, que un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual aunque no par-

64 En ese sentido ya se había pronunciado Díez Ripollés, J. L., «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española», en *RP*, 1998, n.º 2, p. 18.

65 La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, de 29 de marzo de 2010 —COM(2010)94 final— exigía también el castigo de determinados actos preparatorios del delito; concretamente la difusión de materiales que hiciesen publicidad de la oportunidad de cometer los delitos cuya tipificación se perseguía y la organización de viajes con el fin de cometer esos delitos (art. 7.3).

66 En los considerandos de la Directiva se puede leer «penas que deben aplicarse sin perjuicio de las políticas penales concretas de los Estados miembros por lo que atañe a los menores delincuentes» (25).

67 La Directiva en su considerando 20 explica que no establece una edad de consentimiento sexual en consideración a las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante las TICs.

tipice en ellos. Esta conducta se ha de castigar con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año (art. 3.2).

- Hacer, con fines sexuales, que un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales aunque no participe en ellos. La pena destinada a castigar esta acción ha de ser también una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos dos años (art. 3.3).
- Realizar actos de carácter sexual con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual. Esta conducta tiene que ser sancionada con pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cinco años (art. 3.4).
- Realizar actos de carácter sexual con un menor abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor. La duración de la pena privativa de libertad que se enlaza a esta conducta es diferente dependiendo de si el menor no había alcanzado la edad de consentimiento sexual o sí. En el primer caso su duración máxima tiene que alcanzar al menos los ocho años; en el segundo caso los tres años (art. 3.5.i).
- Realizar actos de carácter sexual con un menor abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia. En este supuesto también la pena está en función de la edad de consentimiento sexual del menor, disponiéndose las mismas penas que las previstas para las conductas descritas anteriormente (art. 3.5.ii).
- Realizar actos de carácter sexual empleando coacción, fuerza o amenazas. Si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual esta conducta se ha de castigar con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años. En otro caso, la duración de la pena privativa de libertad será de al menos cinco años (art. 3.5.iii).
- Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero. Las penas que han de preverse son las mismas que para la conducta contemplada anteriormente en sus respectivos casos (art. 3.6).

En relación con las conductas consistentes en hacer presenciar a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual actos sexuales así como la realización de actos de carácter sexual con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual del artículo 3.4, la Directiva ha reconocido a los Estados

la posibilidad de decidir su no tipificación cuando podamos hablar de actos de carácter sexual consentidos por tratarse de personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos (art. 8.1).

b) Las infracciones relacionadas con la explotación sexual engloban conductas que gravitan sobre los espectáculos pornográficos y la prostitución. Antes de mencionarlas es preciso resaltar que por primera vez la Unión Europea establece un concepto a esos efectos de espectáculo pornográfico y de prostitución infantil.

Por lo que se refiere a las conductas relacionadas con los espectáculos pornográficos, definidos en la Directiva como la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada (art. 2.e.i) o de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 2.e.ii), se consideran delictivas las siguientes conductas:

- Hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines. Estas conductas se han de castigar con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años si el menor ha cumplido esa edad (art. 4.2).
- Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en espectáculos pornográficos. En este caso las penas privativas de libertad tendrán que alcanzar una duración máxima de al menos ocho años si el menor no tenía la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años en otro caso (art. 4.3).
- Asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores. El castigo asociado a esta conducta consistirá en penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha cumplido la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad (art. 4.4). No obstante lo dicho, la Directiva deja en manos de los Estados la criminalización de esa conducta si el espectáculo pornográfico tiene lugar en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física o psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación y que no medie

dinero u otras formas de remuneración o contraprestación a cambio del espectáculo pornográfico (art. 8.2).

Las conductas concernientes a la prostitución infantil, entendida ésta como la utilización de un menor en actividades sexuales en las que se entregue o prometa dinero u otra forma de remuneración o contraprestación como pago por la participación del menor en actos de carácter sexual, independientemente de que el pago, la promesa o la contraprestación se entregue o se haga al menor o a un tercero (art. 2.d), son:

- Hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines. Este delito se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha llegado esa edad (art. 4.5).
 - Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que se prostituya. El empleo de los mencionados medios comisivos determina que el hecho se castigue con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha cumplido la edad de consentimiento sexual, y en otro caso de al menos cinco años (art. 4.6).
 - Realizar actos de carácter sexual con un menor, recurriendo a la prostitución infantil. La pena que se asocia a esta conducta será privativa de libertad de una duración máxima de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años si el menor ha cumplido esa edad (art. 4.6).
- c) El grupo de las infracciones relacionadas con la pornografía infantil está formado por las siguientes conductas:
- La adquisición o la posesión de pornografía infantil, que será castigada con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año (art. 5.2).
 - El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la co-

municación; que también será castigado con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año (art. 5.3).

- La distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, que se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años (art. 5.4).
- El ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, que igualmente se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años (art. 5.5).
- La producción de pornografía infantil, que se sancionará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años (art. 5.6).

Considerando la amplitud del concepto de pornografía infantil que maneja la Directiva⁶⁸, comprensivo de todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada (art. 2.c.i), de toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 2.c.ii), de todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales (art. 2.c.iii), de imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (art. 2.c.iv), la Directiva vuelve a dejar en manos de los Estados la tipificación de algunas de las conductas relativas a la pornografía infantil⁶⁹. Concretamente los Estados miembros pueden decidir no dar relevancia penal a aquellas conductas que tienen por objeto el material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales —pornografía infantil técnica— (art. 5.7)⁷⁰. También queda a su discrecionalidad la tipificación de la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil en el caso de imágenes realistas de un menor participando en

68 Obsérvese que ahora se precisa que la conducta sexual explícita puede ser real o simulada, salvo en el caso obvio de la pornografía artificial. También ha desaparecido la referencia al verbo describir que aparecía en la Decisión marco de forma alternativa al verbo representar.

69 Esta posibilidad no estaba prevista en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI.

70 Precisa el artículo 7 «cuando la persona que parezca ser menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes».

una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales, si han sido producidas y están en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, no se ha empleado para su producción material pornográfico referido en el artículo 2.c.i, ii, y iii, y que el acto no implique riesgo de difusión del material (art. 5.8)⁷¹.

Igualmente la Directiva reconoce a los Estados la posibilidad de no tipificar la adquisición o posesión y la producción de pornografía infantil en aquellos casos en los que en el material pornográfico intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando el material ha sido producido o se posee con su consentimiento y se emplee exclusivamente para uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos (art. 8.3)⁷².

El artículo 5 precisa que las conductas en él descritas para que sean objeto de punición tienen que haberse cometido de forma ilícita⁷³.

d) Por último se ordena la criminalización del denominado embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, que presenta dos modalidades⁷⁴.

En primer lugar se refiere la Directiva a la conducta consistente en la propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer determinados delitos sexuales cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro. Esos delitos sexuales son la realización de actos de carácter sexual con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual (art. 3.4) y la producción de pornografía infantil (art. 5.6). La pena prevista es privativa de libertad de una duración máxima de al menos un año (art. 6.1).

En segundo lugar se castiga la tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, de cometer los delitos de adquisición o posesión de pornografía infantil o de acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las citadas tecnologías cuando embauca a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor⁷⁵. Obsérvese que ésta es la única infracción penal para la que la Directiva no ha concretado ningún criterio de penalidad (art. 6.2).

e) En todas las conductas que hemos descrito se han de castigar la inducción y la complicidad (art. 7.1). El castigo de la tentativa se exige en la mayoría de las infracciones, con las excepciones de los abusos sexuales consistentes en hacer presenciar a un menor actos de carácter sexual o abusos sexuales aún sin su participación, de la asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores, y de la adquisición o posesión de pornografía infantil o el acceso a la misma por medios de la tecnología de la información o de la comunicación (art. 7.2). Esta última excepción, no obstante, tiene la salvedad ya mencionada prevista en el artículo 6.2.

f) Además de exigir la tipificación de las conductas indicadas, la Directiva establece en su artículo 9 un abanico de circunstancias agravantes de estos delitos que los Estados tienen que prever en sus legislaciones, siempre que no formen ya parte de los elementos constitutivos de la infracción, conforme a sus disposiciones nacionales. Éstas serían las siguientes: que la infracción haya sido cometida contra un menor en una situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo discapacidad física o mental, dependencia o incapacidad física o mental⁷⁶ (art. 9.a); que la infracción haya sido

71 No se alcanza a comprender la referencia que se hace a la adquisición dado que la exclusión sólo opera respecto del propio productor poseedor de las imágenes.

72 El término abuso sin ulterior calificación puede suscitar algunos interrogantes: ¿se está pensando en abusos sexuales? ¿se está refiriendo a actos consentidos que escenifican abusos sexuales? ¿se está refiriendo a cualquier tipo de abuso?.

73 En el considerando 17 de la Directiva se menciona, a modo de ejemplo, como casos de licitud a aquel material que tenga una finalidad médica, científica o similar, o de investigación de delitos, así la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades para utilizarla en sus actuaciones penales o en la prevención, detección o investigación de delitos.

74 Obsérvese que en el considerando 19 de la Directiva se exhortaba también a los Estados a que tipificasen como delito la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con él se realiza en presencia o cerca del menor ya fuese como forma de delito preparatorio especial, como tentativa de las infracciones contempladas en la Directiva o como una forma especial de abuso sexual. Independientemente de la forma concreta que se adoptara en el plano jurídico para captar esa conducta, se afirma en ese considerando que los Estados miembros deben velar para que se procese de alguna manera a los autores de esos delitos.

75 Esta infracción no se contemplaba en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI.

76 En el considerando 22 de la Directiva se precisa que la incapacidad física o mental incluye la que se deriva de la influencia de las drogas y el alcohol.

cometida por un miembro de la familia, una persona que convivía con el menor o una persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o de autoridad (art. 9.b); que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente (art. 9.c); que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada (art. 9.d); que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza (art. 9.e); que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente (art. 9.f); y que la infracción haya sido cometida empleando violencia grave contra el menor o causándole un daño grave (art. 9.g). A pesar del tenor literal propio de esta norma, sería posible una interpretación flexible de la misma en atención a lo dispuesto en el considerando 21 de la Directiva, donde se aclara que los Estados no deben establecer estas circunstancias en su legislación cuando no sean pertinentes en atención al carácter concreto de la infracción cometida; pertinencia que ha de evaluarse en el plano nacional para cada una de las infracciones contempladas en la Directiva.

g) De conformidad con la Directiva los delitos mencionados no sólo deben acarrear pena privativa de libertad, sino que tiene que contemplarse también la posibilidad de inhabilitar a la persona condenada por estos delitos, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos o regulares con menores (art. 10.1)⁷⁷. Se trata así de evitar el riesgo de reincidencia.

En relación con ello se hace necesario que se adopten las medidas para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores tengan derecho a solicitar información de la existencia de condenadas por esos delitos o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos con menores derivada de dichas condenas penales (art. 10.2). En este contexto se incide en la adopción de las medidas necesarias para que la citada información sea transmitida

con arreglo a los procedimientos establecidos en la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, cuando se solicite la información con arreglo al artículo 6 de dicha Decisión marco con el consentimiento de la persona interesada⁷⁸.

Por otra parte, se exige el embargo y decomiso de los instrumentos y productos de las infracciones a que se refieren los artículos 3, 4 y 5.

h) La Directiva contempla además la posibilidad de no enjuiciar o eximir de pena a las víctimas de abusos sexuales y explotación sexual por su participación en actividades delictivas que se hayan visto obligadas a realizar como consecuencia directa de haber sido víctima de los delitos de explotación sexual, con la salvedad de la asistencia a espectáculos pornográficos y el recurso a la prostitución infantil, y del delito de producción de pornografía infantil. Se trataría así de evitar una victimización secundaria.

2.3. Medidas procesales

En el plano procesal la Directiva, al igual que hiciera la Decisión marco, aborda cuestiones relacionadas con la competencia judicial para conocer de estos hechos y su perseguibilidad. Como vamos a ver, en este ámbito la Directiva realiza algunos cambios que evidencian una *plus* de exigibilidad en la persecución de estos delitos por parte de los Estados en aras de garantizar el enjuiciamiento de los propios nacionales que delinquen en el extranjero.

A tenor del artículo 17.1 los Estados tienen que sentar su competencia judicial para conocer de estos delitos siempre que la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio o el autor de la misma sea uno de sus nacionales. Esta disposición relativa a los nacionales ya estaba presente en la Decisión marco (art. 8.1), pero en ésta se contemplaba la posibilidad (en la actualidad excluida) de que los Estados decidiesen su no aplicación o aplicación sólo en casos o circunstancias especiales si la infracción se cometida fuera del territorio nacional; aunque en previsión del ejercicio de esta facultad se ordenaba la aplicación del principio *aut dedere aut iudicare* (art. 8.3).

⁷⁷ Véase artículo 192.3 CP.

⁷⁸ Obsérvese que esta Decisión marco, que debe ser transpuesta al derecho nacional como fecha límite el 17 de abril de 2012, sólo contempla la posibilidad de que solicite la información los Estados o la persona sobre la que versa la información.

La afirmación de la competencia judicial de los Estados para conocer de estos delitos cuando el autor es un nacional necesitaba para resultar realmente eficaz de disposiciones complementarias enfocadas a eliminar los condicionantes de la aplicación de tal principio según las legislaciones nacionales. Así las cosas, la Directiva obliga, por un lado, a renunciar al principio de doble incriminación de los hechos, aunque circunscrita la renuncia a determinados delitos⁷⁹, previendo en el artículo 17.4 que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditado a la condición de que los hechos constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan. Por otro lado, dispone en relación con todas las infracciones cometidas fuera del territorio del Estado del que uno es nacional, que su enjuiciamiento no esté supeditado a la condición de que la acción judicial sólo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción o de una denuncia del Estado en cuyo territorio se cometió la infracción (art. 17.5).

Si los Estados deciden ampliar su competencia para conocer de esos hechos delictivos cuando son cometidos fuera de su territorio deberán informar a la Comisión, si, entre otras cosas, la infracción se ha cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio; la infracción se ha cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio⁸⁰; o el autor de la infracción tiene su residencia habitual en su territorio (art. 17.2).

En la línea de la derogada Decisión marco se precisa en la Directiva que la competencia judicial de los Estados deberá quedar garantizada asimismo cuando las infracciones relativas a la pornografía infantil y al embaucamiento de menores y, en la medida en que proceda, las infracciones relativas a los abusos sexuales, se cometan por medio de las tecnologías de la información y la comunicación a las que se acceda desde su territorio, con independencia de que dichas tecnologías tengan o no su base en él (art. 17.3)⁸¹.

Siguiendo los pasos de la Decisión marco, y con el fin de garantizar la persecución de estos delitos, la Directiva establece que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones en ella contempladas no se haga depender de la deposición o denuncia de la víctima, o su representante⁸², y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque aquella retire su declaración⁸³ (art. 15.1). El enjuiciamiento de la mayoría de estos delitos (infracciones del artículo 3, del artículo 4, apartados 2, 3, 5, 6 y 7, y cualquiera de las infracciones graves mencionadas en el artículo 5, apartado 6⁸⁴, cuando se haya utilizado pornografía infantil según la definición del artículo 2.c.i y ii,) tiene además que ser posible, después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, durante un período de tiempo suficiente que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida (art. 15.2)⁸⁵.

En relación con la investigación o el enjuiciamiento de todas las infracciones sobre las que la Directiva establece normas mínimas se contempla la obligación de articular instrumentos de investigación eficaces como, a título de muestra, los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave (art. 15.3). En este marco también se establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para permitir que las unidades o servicios de investigación identifiquen a las víctimas de estas infracciones en particular mediante el análisis de material pornográfico infantil tal como fotografías y grabaciones audiovisuales transmitidas o accesibles por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 15.4). Se pretende igualmente favorecer la denuncia de estos hechos tanto por parte del público en general (siempre que de buena fe tengan conocimiento o sospechas de la comisión de esos delitos) como por parte de los profesionales que trabajan con menores (siempre que tengan fundadas sospechas). Por lo que se refiere a estos últimos la Directiva lo que persigue es que se supriman los obstáculos que podrían derivarse de las normas de confidencialidad profesional para llevar a cabo la de-

79 Son las infracciones contempladas en el artículo 3, apartados 4, 5 y 6, en el artículo 4, apartados 2, 3, 5, 6 y 7, y en el artículo 5, apartado 6.

80 Adviértase que la Decisión marco 2004/68/JAI contemplaba este supuesto entre los que imperativamente determinaban la competencia judicial de un estado (art. 8.1.c).

81 Se menciona también el artículo 7 relativo a la participación y a la tentativa.

82 Art. 9.1 Decisión marco.

83 Este último inciso representa la novedad de la Directiva.

84 Obsérvese que sólo se menciona una: la producción de pornografía infantil.

85 El derogado artículo 8.2 mencionaba que esta posibilidad se reconociese al menos en las infracciones más graves del artículo 2 y no se hacía alusión a que el plazo de tiempo guardase relación con la gravedad del hecho.

nuncia y precisa que ésta se realice ante los servicios de protección de menores (art. 16).

Finalmente cabría señalar que la Directiva obliga a los Estados a introducir en sus legislaciones la posibilidad de no enjuiciar a los menores víctimas de abusos sexuales y explotación sexual por su participación en actividades delictivas cuando se han visto obligadas a su comisión como consecuencia directa de haber sido objeto de los delitos del artículo 4, apartados 2, 3, 5 y 6, y del artículo 5, apartado 6. Una posibilidad, no obstante, que, como ya se apuntó, aparece en alternativa a la exención de pena.

2.4. Medidas asistenciales y de protección

En atención al interés superior del menor contempla la Directiva la obligación de ofrecer a los menores víctimas de estos delitos asistencia, apoyo y protección desde el momento en que las autoridades competentes tengan indicios razonables de su condición de víctimas e independientemente de que la víctima tenga voluntad de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio. El hecho de que sea incierta la edad de la persona víctima, por otra parte, no debe ser obstáculo para la adopción de esas medidas si existen razones para creer que es un menor (art. 18).

Estas medidas se concretan en los artículos 19 y 20. De acuerdo con el primero de los artículos citados los Estados tienen que adoptar medidas de asistencia y de apoyo, antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, para el ejercicio de los derechos establecidos en la Directiva y en la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y en especial se adoptarán medidas necesarias para asegurar la protección de los menores que comuniquen casos de abusos sufridos dentro de su propia familia; se les reconocerá la condición de víctimas especialmente vulnerables con arreglo al artículo 2, apartado 2, el artículo 8, apartado 4, y el artículo 14, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220/JAI; siempre que sea conveniente y posible, se adoptarán medidas para prestar asistencia y apoyo a la familia del menor víctima en el disfrute de los derechos conferidos por la Directiva cuando la familia se encuentre en el territorio del Estado miembro y, en particular, los Estados miembros aplicarán a la familia el artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI. Estas medidas se tienen

que adoptar después de una evaluación individual de las circunstancias especiales de cada menor víctima, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses.

El artículo 20 versa sobre la protección de los menores víctimas en las investigaciones y procesos penales. En primer lugar se señala la adopción de las medidas necesarias para que las autoridades competentes designen a un representante especial del menor víctima cuando, en virtud de la legislación nacional, los titulares de la responsabilidad parental no estén autorizados para representar al menor en el procedimiento judicial a causa de un conflicto de intereses entre ellos y el menor víctima, o cuando el menor no esté acompañado o esté separado de su familia. En segundo lugar, se garantizará que los menores víctimas tengan acceso sin demora al asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización⁸⁶. En tercer lugar, y sin perjuicio de los derechos de la defensa, se adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones y procesos penales relativos a cualquiera de las infracciones penales concernientes a esta directiva, los interrogatorios del menor víctima se celebren sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes; tengan lugar, en caso necesario, en locales concebidos o adaptados a tal efecto; sean realizados por o mediante profesionales con formación adecuada a tal efecto; y siempre que ello sea posible y conveniente, sean efectuados por las mismas personas; se lleven a cabo en el menor posible número y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales; y que el menor víctima esté acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona. Asimismo en cuanto a los interrogatorios del menor víctima o, en su caso, del testigo que sea menor se refiere se tienen que adoptar medidas para que puedan ser grabados por medios audiovisuales y que estas grabaciones audiovisuales puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal, de conformidad con las normas de su Derecho nacional. En cuarto lugar en los mencionados procesos tiene que garantizarse la posibilidad de ordenar que la audiencia se celebre a puerta cerrada y que el menor víctima pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia mediante la utilización de tecnologías de la

⁸⁶ El asesoramiento jurídico o la representación legal tienen que ser gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

comunicación adecuadas. Y en quinto lugar se apela a la adopción de las medidas necesarias para proteger la intimidad, identidad e imagen del menor víctima así como para impedir la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a su identificación, si ello redunde en interés de los menores víctimas y teniendo en cuenta otros intereses primordiales.

2.5. Medidas preventivas

La prevención de los delitos sexuales en perjuicio de menores ocupa un lugar central en la lucha contra el abuso y la explotación sexual de los menores, apelando en este punto la Directiva a la adopción de medidas preventivas de carácter general así como a otras más específicas.

El artículo 23 de la Directiva está dedicado a la prevención en general, marco en el que se sitúa la necesidad de adoptar medidas educativas y de formación para desalentar y disminuir la demanda, en tanto factor que favorece todas las formas de explotación sexual de los menores; el desarrollo de campañas de información y concienciación y de programas de educación e investigación destinados a concienciar y reducir el riesgo de que los menores sean víctimas de abusos o explotación sexual; y el fomento de la formación periódica de los funcionarios, incluidos los funcionarios de policía de primera línea, que puedan estar en contacto con los menores víctimas de abusos o explotación sexual, con el objeto de que puedan identificar a los menores víctimas y a las víctimas potenciales y ocuparse de ellas.

Una línea preventiva más específica se encauza a través de la creación de programas y medidas de intervención sobre las personas sospechosas o condenadas por esos delitos e incluso sobre aquellas que temen cometer tales acciones. En relación con estos últimos la Directiva simplemente dispone que los Estados adopten las medidas necesarias para que puedan acceder, en su caso, a programas o medidas de intervención eficaces destinados a evaluar y prevenir el riesgo de comisión de tales infracciones (art. 22).

Por lo que se refiere a los primeros se articula su participación voluntaria en programas y medidas de intervención durante los procesos penales o después de los mismos, según el caso. De conformidad con el artículo

24 estos programas o medidas de intervención están enfocados a prevenir y reducir al mínimo los riesgos de reincidencia en los delitos de carácter sexual contra los menores. Los mismos tienen que ser accesibles en cualquier momento del proceso penal, dentro o fuera del centro penitenciario, de acuerdo con la legislación nacional, y tienen que adaptarse a las necesidades de desarrollo específicas de los menores que cometan infracciones de carácter sexual⁸⁷. Además los destinatarios de estos programas tienen que estar plenamente informados de los motivos de la propuesta; dar su consentimiento para participar en los programas o medidas con pleno conocimiento de los hechos; y pueden negarse a participar. Si se trata de personas condenadas tienen además que recibir información acerca de las consecuencias que podría acarrear dicha negativa.

En atención a su posible aplicación a personas sospechosas la Directiva prevé que la aplicación de estos programas se realice en condiciones que no sean ni lesivas ni contrarias a los derechos de la defensa ni a las exigencias de un juicio justo e imparcial, y en particular al principio de la presunción de inocencia.

Con el fin de determinar los programas o medidas de intervención adecuados se someterá a la persona sospechosa o culpable de estos delitos en perjuicio de los menores a una evaluación de su peligrosidad y de los posibles riesgos de reincidencia en esas infracciones.

También respondería a una estrategia de prevención específica las medidas contra los sitios *web* de Internet que contengan o difundan pornografía infantil, previstas en el artículo 25. Concretamente se establece la adopción de las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de las páginas *web* de Internet que contengan o difundan pornografía infantil que se encuentren en su territorio y procurar la obtención de la retirada de las páginas de esa índole situadas fuera de su territorio; y la posibilidad de adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas *web* de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio⁸⁸.

Otra muestra de prevención específica sería la adopción de medidas contra la publicidad sobre oportunidades para cometer abusos y turismo sexual infantil, a través de las que se pretende evitar o prohibir la difusión de publicidad sobre oportunidades de cometer

87 En el mismo sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en su Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializadas del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 17.

88 Sigue diciendo el artículo 25 que estas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales.

cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6, y la organización para terceros, sea o no con fines comerciales, de viajes orientados a cometer cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 5 (art. 21)⁸⁹.

III. Repercusiones de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo en la legislación penal española

Al confrontar la regulación penal española de los delitos sexuales en perjuicio de los menores con los mandatos que al respecto se recogen en la Directiva se pone de manifiesto la necesidad de que el legislador español lleve a cabo una nueva reforma del Código penal para adaptar nuestra legislación nacional al Derecho de la Unión Europea.

En primer lugar cabría observar por lo que se refiere a las infracciones relacionadas con los abusos sexuales que si bien desde la entrada en vigor de la LO 5/2010 se ha otorgado un tratamiento individualizado a los abusos y agresiones sexuales de los menores de trece años (conductas ambas relativas a los abusos sexuales sobre los que versa la Directiva), con el consiguiente replanteamiento del castigo, que ha dado lugar a que en la inmensa mayoría de las situaciones nuestra legislación se encuentre en las coordenadas de la Directiva, existen algunas conductas que requerirían desde la perspectiva de ésta de recibir un nuevo tratamiento.

Tal sería el caso de la conducta consistente en hacer presenciar abusos sexuales a un menor que carece de la capacidad legal de consentir la realización de actos sexuales. Esta conducta podría ser subsumible en el delito de exhibicionismo, consistente, de acuerdo con el artículo 185 del CP, en ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores. Como se habrá observado en la descripción típica de este delito no se especifica la naturaleza del acto de exhibición obscena, si se trata de un acto sexual sin más o de un abuso sexual. Este aspecto sí es tomado en consideración en cambio en la Directiva y de ello depende que el límite máximo de duración de la pena de privativa de libertad que como mínimo exige la Directiva tenga o no que duplicarse. Así las cosas será necesario que

el legislador español articule la posibilidad de castigar con una pena privativa de libertad de duración máxima de al menos dos años la conducta consistente en hacer presenciar abusos sexuales a los menores que carecen legalmente de la capacidad de consentir actos sexuales.

Asimismo hay que tener presente que en relación con los abusos sexuales consistentes en realizar actos sexuales con menores sirviéndose bien del abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre el menor o bien del abuso de una situación especialmente vulnerable del menor, merecedores de un castigo mayor, nuestro Código penal ha adoptado una posición más restringida y sólo contempla el prevalimiento de una relación de superioridad o de parentesco y el hecho de que la víctima sea especialmente vulnerable (arts. 181.5, 183.4 a y d); una vulnerabilidad que en el caso de menores que no han alcanzado la edad legal para consentir la realización de actos sexuales se limita a aquella que es fruto de su escaso desarrollo intelectual o físico que le coloca en situación de total indefensión (art. 183.4.a). Consiguientemente se advierte la necesidad de que se retoquen esos tipos penales para que acojan esas otras situaciones que evidencian una mayor facilidad comisiva. Desde el punto de vista penológico únicamente se vislumbraría la necesidad de proceder a modificar las penas previstas en esos tipos cualificados cuando la cualificación opera sobre la realización de un acto sexual con un menor que no ha alcanzado la edad legal de consentimiento no consistente en un acceso carnal o en la introducción de objetos o miembros corporales por la vía vaginal o anal (la Directiva exige que al menos la pena privativa de libertad alcance los 8 años y nuestro Código penal establece 6 años).

El pronunciamiento de la Directiva sobre la existencia de actos de carácter sexual consentidos en atención a que las personas involucradas en los mismos son personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, y siempre que los actos no impliquen abusos, en base al cual se permite que los Estados decidan la no tipificación de determinadas conductas relativas a los abusos sexuales⁹⁰, puede contribuir, por otra parte, a respaldar la consideración de la

⁸⁹ Obsérvese que la difusión de materiales que hiciesen publicidad de la oportunidad de cometer los delitos cuya tipificación se persigue y la organización de viajes con el fin de cometer esos delitos eran considerados actos preparatorios del delito punibles en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, de 29 de marzo de 2010 —COM(2010)94 final— (art. 7.3).

⁹⁰ En concreto las conductas consistentes en hacer presenciar a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual actos sexuales así como la realización de actos de carácter sexual con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual del artículo 3.4.

edad legal de consentimiento sexual como una presunción *iuris tantum*⁹¹.

En el plano de los delitos relativos a la explotación sexual de los menores, se observa en primer lugar que nuestro Código penal tendrá que ser modificado para captar una nueva conducta vinculada en concreto a los espectáculos pornográficos merecedora de la relevancia penal, la asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores⁹². Esta conducta, cuya tipificación también exige el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (art. 21.1.c), podría, sin embargo, y como ya se expuso, dejar de abordarse penalmente en alguna de sus manifestaciones. El resto de las conductas relativas a los espectáculos pornográficos, sin perjuicio de los problemas que puede llevar concretar la expresión «explotar de algún otro modo al menor para espectáculos pornográficos», estarían tipificadas en el artículo 189.1 y 3, donde se puede apreciar que nuestro legislador no distingue a efectos de pena si la conducta se ha llevado a cabo a través de la coacción, la fuerza o la amenaza. No obstante, el aspecto penológico quedaría cubierto desde el momento en que esos delitos en sus modalidades básicas ya son susceptibles de ser castigados con pena de prisión de hasta cinco años y que la existencia de una circunstancia específica basada en el hecho de que la víctima sea menor de 13 años determina que la pena de prisión

pueda alcanzar los nueve años. Por otra parte, pero en este orden de ideas, sería deseable que en una futura reforma del Código penal se armonizase la redacción de la mencionada circunstancia agravante específica («cuando se utilicen a niños menores de 13 años») con la modalidad típica de la captación de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos introducida por la LO 5/2010.

Las conductas relativas a la explotación sexual de los menores a través de su prostitución, sin perjuicio igualmente de los problemas que pueden derivarse de la genérica referencia que se hace en la Directiva a la explotación de algún otro modo del menor para la prostitución, entraría en conexión con los artículos 187 y 188 de nuestro Código penal⁹³. Si analizamos estos artículos podría sostenerse que la conducta consistente en lucrarse de la prostitución de un menor sólo sería delictiva en aquellos casos en los que el menor de cuya prostitución se lucra un tercero es determinado a prostituirse o a mantenerse en la prostitución mediante violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad, o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Existiría, consiguientemente, en nuestra normativa un importante vacío punitivo. Las penas contempladas en los mismos, por otra parte, obviando el problema de legalidad penal que supone la no concreción de la clase de pena de una de las penas típicas del artículo 187⁹⁴, cumplirían el mandato de la

91 La nueva redacción del artículo 183 CP, «el que realizara actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años...», flexibiliza, en nuestra opinión, la cuestión de la edad legal de consentimiento sexual en el sentido de que si bien podemos seguir entendiendo que el legislador fija la misma en los trece años es posible que en atención al grado de madurez del menor su consentimiento adquiera relevancia. Esto ocurrirá cuando el menor tenga «la capacidad para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuadamente y justamente el significado y el alcance del acto que realiza» (STS n.º 476/2006, de 2 de mayo, F.J. 2º). En el mismo sentido Monge Fernández, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. JM Bosch, 2011, p. 120; Cugat Mauri, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit. p. 229, si bien limita esta flexibilidad a las relaciones sexuales entre adolescentes; criterio que comparte Cancio Meliá, M., «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *LP*, 2011, n.º 80, p. 14, o la Fiscalía General del Estado en su Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializadas del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 18. Algunos autores, sin embargo, siguen considerando que los menores de 13 años son incapaces *iuris et de iure* de otorgar un consentimiento legalmente válido en el plano sexual. Así Gómez Tomillo, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M., (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Lex Nova, 2010, p. 728.

92 Algunos autores han realizado una interpretación del artículo 189.1.a), a nuestro juicio forzada, favorable a la inclusión en la misma de este tipo conducta en el entendimiento de que con su asistencia aportan una cantidad de dinero al espectáculo que sostiene el mismo. Así Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPCR*, 2005, n.º 07-04, p. 28.

Sobre la necesidad de tipificar esta conducta ha llamado la atención, entre otros, Rosa Cortina, J. M., de la, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 62, ante la contradicción que supone castigar la posesión para el autoconsumo de pornografía infantil y no la asistencia a espectáculos de esa naturaleza. Esta observación fue realizada con anterioridad por el Consejo Fiscal en su *Informe sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, p. 128.

93 En el último de los artículos mencionados se tendría en cuenta, esta vez sí, el empleo de determinados medios comisivos.

94 Véase Trapero Barreales, M. A., «Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por «olvidos» en las reformas penales», en *RJL*, 2011, n.º 7335, (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista).

Directiva con la excepción de la pena prevista en el artículo 187 para las conductas consistentes en hacer que un menor que no ha alcanzado la edad legal de consentimiento en el plano sexual se prostituya o captarlo a tal fin. Estas conductas aparecen castigadas en nuestro Código penal con pena de prisión de 4 a 6 años, mientras que la Directiva exige que el límite máximo de duración de la pena privativa de libertad sea al menos de 8 años.

La transposición de la Directiva en sus justos términos tendría que afectar sensiblemente a nuestra regulación de los delitos relativos a la pornografía infantil. Por un lado, nuestro Código penal habrá de adoptar nuevas modalidades comisivas para captar la adquisición de pornografía infantil y el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las TICs⁹⁵. A través de la primera de las conductas mencionadas se penalizarían aquellos casos en los que la adquisición no concluye con la posesión del material pornográfico infantil; mediante la segunda, el mero consumo de las imágenes pasa a ser delictivo siempre y cuando el medio utilizado sean las TICs. La Directiva mencionaba por primera vez la criminalización de la puesta a disposición de pornografía infantil. Ésta podría ser vista, con arreglo a nuestro Código penal, como una modalidad de distribución de admitirse una interpretación amplia de este término. En otro caso, habría que proceder igualmente a su previsión legal.

Por otro lado, el hecho de que nuestro Código penal en el momento presente sólo otorgue relevancia penal a aquellas conductas típicas que tuvieran como objeto material pornografía en cuya elaboración se hubiesen utilizado directamente menores y pornografía infantil producida mediante el empleo de la voz o imagen alterada o modificada de un menor no armoniza plenamente con los objetivos de la Directiva.

El mantenimiento en la Directiva del reconocimiento de la facultad estatal de no proceder a tipificar las conductas relativas a la pornografía infantil cuando el objeto material del delito está constituido por la denominada pornografía técnica permitiría continuar sosteniendo la tipificación de estos delitos sobre la base de la utili-

zación de menores de carne y hueso⁹⁶. No obstante, el hecho de que la Directiva exija, como ya ocurría anteriormente, el castigo de las conductas relacionadas con la pornografía infantil consistente en imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, salvo en unos casos muy concretos⁹⁷, reclama la introducción de nuevas modalidades típicas, muy cuestionadas por parte de nuestra doctrina debido a su falta de lesividad, que se han de sustentar evidentemente en otro eje.

La cuestión penológica está satisfecha en la mayoría de los casos, debiéndose destacar la falta de sintonía entre el castigo de las conductas relacionadas con la pornografía infantil en las que se utilizan directamente a los menores y aquellas en las que se emplea la voz o la imagen alterada o modificada de un menor. Estas conductas están penadas en menor medida en nuestra legislación (art. 189.7) que lo que demanda la Directiva.

El Código penal también habrá de modificarse para recoger la más novedosa conducta delictiva que con el objetivo de garantizar la seguridad de los menores en la utilización de las TICs frente a comportamientos peligrosos para su desarrollo psico-físico y sexual aparece prevista en una norma supranacional. Me estoy refiriendo, a una forma de *online child grooming* descrita en la Directiva como la tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, de cometer los delitos de adquisición o posesión de pornografía infantil o de acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las citadas tecnologías cuando embauca a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor. No obstante, alguna de sus manifestaciones podría con arreglo a nuestro derecho ser subsumida en alguno de nuestros tipos penales, así, por ejemplo, en el delito intentado de producción de pornografía infantil en autoría mediata⁹⁸.

La tipificación como delito de la propuesta por parte de un adulto mediante las TICs de encontrarse

95 En el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual ya se había establecido la obligación de los Estados de tipificar como delitos las mencionadas conductas (arts. 20.1.d y f).

96 Recuérdese que la Directiva faculta a los Estados para decidir la no tipificación de la adquisición o posesión y producción de este tipo de pornografía en determinados casos en los que se considera que el consentimiento natural del menor tiene que tener relevancia.

97 Me estoy refiriendo a la adquisición, posesión y producción de aquella, si la misma ha sido producida y está en posesión de su productor estrictamente para uso privado, no se ha empleado para su producción el material pornográfico referido en el artículo 2.c.i, ii y iii y el acto no implica riesgo de difusión de material.

98 Nótese que para incurrir en este delito es indiferente el medio a través del cual se lleve a cabo.

con un menor que no haya alcanzado la edad legal de consentimiento sexual con el fin de cometer determinados delitos sexuales cuando tal propuesta se vea acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, a pesar de su novedad, ya estaba prevista en el artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, recogándose igualmente en nuestro Código penal a partir de la reforma de éste por LO 5/2010 (art. 183*bis*)⁹⁹.

Una última consideración común a todas las infracciones que se abordan en la Directiva guarda relación con la previsión de la posibilidad de inhabilitar, temporal o permanentemente, a la persona condenada por esos delitos para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos o regulares con los niños. Como es sabido, ese efecto se puede lograr dentro de nuestro sistema de penas a través de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, sin embargo, ésta tiene una duración temporal.

A parte de esta obligaciones directamente relacionadas con la tipificación de las conductas delictivas y sus penas, es interesante resaltar por lo que concierne a la materia penal dos últimas cuestiones. De un lado, la obligación de los Estados de reconocer a las víctimas

de estos delitos bien una exención de pena bien el no enjuiciamiento por las actividades delictivas que hayan realizado como consecuencia directa de su condición de víctimas de esos delitos. Si tenemos en cuenta cómo se ha cumplimentado con este tipo de exigencia anteriormente, cabría augurar la introducción de una cláusula de exención de pena al estilo de la existente en el delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis*. 11). De otro lado, el condicionamiento que para la interpretación de nuestros tipos penales han de significar las definiciones que ofrece la Directiva de algunos elementos normativos del tipo, tal sería el caso de la expresión espectáculo pornográfico, prostitución infantil o pornografía infantil.

A lo largo de estas líneas hemos hecho acopio de los aspectos más importantes de la Directiva cuya incidencia en nuestra legislación penal requerirá de la reforma de la misma. Éste era el objetivo principal del presente trabajo, no obstante, no queríamos concluir el mismo sin al menos llamar la atención sobre el cuestionamiento que desde principios básicos de nuestro Derecho penal como el principio de lesividad de los bienes jurídicos o el principio de proporcionalidad de las penas, se podrá realizar a algunas de las reformas penales que exige la Directiva.

99 Ampliamente Ramos Vázquez, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», en R JL, 2011, n.º 7749, (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista); o González Tascón, M.M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en EPC, 2011, vol. XXXI, pp. 207-258.