

Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores*

EU strategy for a more effective fight against child sexual abuse stands out

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

patricia.tapia@uva.es

ORCID: 0000-0001-5234-7469

Recibido: 30/10/2022. Aceptado: 30/11/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monogr%C3%A1fico%201.2023.434-451>

Resumen: Una vez concluido el primer gran confinamiento derivado de la declaración de la pandemia Covid-19, se aprueba la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores. En ella se contienen ocho iniciativas dirigidas a proporcionar una respuesta eficaz en la lucha contra el abuso sexual de menores. De entre ellas, en este trabajo se presta atención a las iniciativas de carácter penal sustantivo y se analizará su efecto en la normativa española.

Palabras clave: abuso sexual; Directiva 2011/93/UE; Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores; embaucamiento a través de la red a menores; pornografía infantil.

Abstract: EU Strategy for a more effective fight against the sexual abuse of minors is approved after the first confinement derived from the declaration of a Covid-19 pandemic. It includes 8 initiatives to put in place a strong legal framework for the protection of children. We study initiatives of a substantive criminal nature and we also analyze their effect on Spanish regulations.

Keywords: sexual abuse; Directive 2011/93/UE; EU strategy for a more effective fight against child sexual abuse stands out; online child grooming; child pornography.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (Ref. PID2020-116848GB-I00).

INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen se analiza la Estrategia de la Unión Europea para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores, de 24 de julio de 2020, en lo que a los abusos realizados a través de Internet se refiere.

Entendemos pertinente esta delimitación porque la aprobación de la Estrategia se apoya en la idea de que confinamiento estricto derivado del reconocimiento de la pandemia de Covid-19 el 11 de marzo de 2020¹, ha empeorado el problema de los abusos sexuales a menores, en concreto, los producidos a través de la red. No puede olvidarse que el encierro, en el mejor de los casos, supuso una reorganización familiar para trabajar desde casa, realizar ejercicio físico y comunicarse con familiares y amigos a través de las video-llamadas. Los salones se convirtieron en oficinas, escuelas, salas de juego y de reuniones *online*. Pero incluso en estos casos donde se puede presumir una situación socioeconómica favorable y un hogar seguro, al convertirse Internet en un medio necesario para el sistema educativo y para mantener relaciones sociales, se favorece el incremento de prácticas de abuso sexual².

Así lo corroboran distintos estudios realizados como, por ejemplo, el Informe elaborado por Interpol en el año 2020 sobre el impacto de la

¹ Se estima que, a finales de marzo de 2020, el 40 % de la población se encontraba confinada. Puede verse: https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-03-28/mapa-cuarentenas-mundo-paises-coronavirus_2521831/

Resulta de interés el trabajo realizado por Barcelona Centre for International Affairs (CIDOB) sobre las medidas de contención y desescalada adoptadas por los gobiernos europeos (no solo los miembros de la Unión Europea) durante la primera ola del coronavirus)

https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/organismos/union_europea/covid_19_la_respuesta_de_europa_contra_la_pandemia_2020

² Estamos con ABADÍA SELMA, A., “El peligro de la sobreexposición de los menores a internet frente al child-grooming en tiempos de covid-19 (1)”, en *La Ley Penal*, nº 144, mayo-junio 2020, p. 3, cuando dice que “Sin pretensión alguna de caer en posturas apocalípticas, [...] aceptar los efectos positivos y negativos de la transformación digital en relación con el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Lo que bajo ningún concepto debe ser interpretado como una renuncia a tratar de mitigar los efectos perniciosos conectados a las transformaciones que ese nuevo modelo de comunicación conlleva”.

Se debe tener en cuenta que ya antes del confinamiento se reconoce la dificultad del control parental en el mundo virtual. Véase y redes ZARAGOZA TEJADA, J.I., “Menores sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal”, en *La Ley Derecho de Familia*, nº 23, tercer trimestre 2019.

COVID-19 en el abuso sexual de menores. En él se afirma que, tanto en la denominada red oscura como en la Clearnet se ha producido un aumento del abuso sexual *online*, así como del intercambio de material relacionado con el abuso y la explotación sexual de menores mediante el uso de redes P2P, y del contenido viral compartido en redes sociales y aplicaciones de mensajería con estos contenidos³.

A la misma conclusión se llega en el informe anual de *Internet Watch Foundation* publicado en noviembre de 2021. En él se indica que el año 2020 fue un año record para esta organización ya que tomó medidas para eliminar un total de 153.350 contenidos en la red de abuso sexual, mientras que en el año 2011 se habían atendido 13.161⁴.

Y, si nos detenemos en el ámbito nacional, de igual manera se manifiesta la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2020. En ella se detecta un incremento de un 55% en los procesos judiciales de los delitos de *online child grooming* (p.1005)⁵.

De este modo, la Estrategia se aprueba con el objetivo de “proporcionar una respuesta eficaz a escala de la UE de lucha con el abuso sexual de menores”⁶. Para ello, como veremos, se apoya en la normativa ya existente relativa a esta materia, esto es, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo 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 Consejo; insta a los Estados a que garanticen una respuesta eficaz; y aboga por la prevención.

³ INTERPOL, *COVID19 - Riesgos y tendencias en relación con el abuso y la explotación sexual de menores*, septiembre 2020, p. 15 (<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Un-informe-de-INTERPOL-pone-de-relieve-el-impacto-de-la-COVID-19-en-el-abuso-sexual-de-menores>)

⁴ <https://www.iwf.org.uk/news-media/news/iwf-analysts-finding-fifteen-times-more-child-sexual-abuse-content-online-than-they-were-ten-years-ago/>

Puede verse también el estudio de MÉNDEZ L./ PÉREZ FERNÁNDEZ. F., “El grooming como factor de impacto en tiempo de pandemia”, en Diario La Ley, nº 9752, 11 de diciembre de 2020, pp. 5-6.

⁵ Resulta de interés el estudio que hace ABADÍA SELMA, A., “El peligro de la sobreexposición de los menores a internet frente al child-grooming en tiempos de covid-19 (1)”, en La Ley Penal, nº 144, mayo-junio 2020, pp. 16-21. sobre cómo ha afectado la pandemia de la covid-19 a la ciberdelincuencia en general y a los delitos contra la indemnidad sexual a través de internet, en particular.

⁶ Bruselas, 24.7.2020. COM(2020) 607 final, p. 3.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las páginas que siguen nos ocuparemos de la Estrategia de la Unión Europea para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores, en lo que al ámbito *online* se refiere. Para ello, se tendrá en cuenta lo previsto en la Directiva 2011/93/UE y prestaremos atención a la regulación jurídico penal española en esta materia y al grado de trasposición de la norma europea.

No obstante, antes es necesario hacer una precisión terminológica. En la normativa europea se utiliza la expresión “abuso sexual de menores” para referirse a cualquier acto de carácter sexual realizado con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con independencia de que se emplee violencia o intimidación, o no. Sin embargo, en el ordenamiento penal español, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre⁷, el abuso se reservaba para aquellos supuestos en los que no se empleaba violencia o intimidación mientras que, cuando esta concurría, se denominaba agresión sexual. Tras la reforma, se elimina el término “abuso” de la regulación y con agresión sexual se comprenden todos los actos que lesionen la libertad o la indemnidad sexuales. Siendo esto así, en el análisis de la trasposición de la Directiva al ordenamiento español, se entiende que la sanción del abuso sexual que exige la normativa europea se satisfacía con los tipos de abuso y agresión y, ahora, deberá hacerse lo propio con los de agresión.

1. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA UNA LUCHA MÁS EFICAZ CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES

Tal y como se ha adelantado, la Estrategia de la Unión Europea se aprueba para proporcionar una respuesta eficaz en la lucha contra el abuso sexual de menores. Para ello, se “[o]frece un marco para formular una respuesta firme y exhaustiva a estos delitos, tanto en línea como sin conexión a internet”, mediante el establecimiento de ocho iniciativas, penales (1-3) y extrapenales (4-8)⁸.

Estas últimas van dirigidas a desarrollar y fortalecer medidas de prevención desde todos los frentes posibles. De este modo, la Iniciativa 4 consiste en “Fortalecer los esfuerzos de las fuerzas y cuerpos de seguridad a escala nacional y de la UE”.

⁷ La Ley ha entrado en vigor el día 7 de octubre de 2022.

⁸ Bruselas, 24.7.2020. COM(2020) 607 final, p. 3.

Para satisfacer esta iniciativa se establece como medida clave la creación de un Laboratorio para la innovación, por parte de Europol, y se prevé que la Comisión proporcione financiación para facilitar “que el desarrollo de las capacidades nacionales se mantenga al nivel del progreso tecnológico y garantizará una respuesta de las fuerzas y cuerpos de seguridad eficaz contra estos delitos.”.

La Iniciativa 5 alude a la necesidad de “Capacitar a los Estados miembros para proteger mejor a los menores a través de la prevención”.

Con este objetivo, se establece como medida clave la preparación de una red de prevención a nivel de la UE, por parte de la Comisión, para “facilitar el intercambio de mejores prácticas y apoyar a los Estados miembros en la puesta en marcha de medidas de prevención útiles, evaluadas con rigurosidad y eficaces para reducir la prevalencia del abuso sexual de menores en la UE”.

En esta misma dirección, la Iniciativa 6 prevé la creación de “Un centro europeo de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores”, en el que se tenga en cuenta tanto el abuso sexual de menores en línea como fuera de línea.

La Iniciativa 7 va dirigida a las empresas del sector. Consiste en “Estimular los esfuerzos de las empresas del sector para garantizar la protección de los niños en sus productos”.

Así, la medida clave se ha iniciado ya en el marco del Foro de la UE sobre Internet, en el que la Comisión ha iniciado un proceso de expertos técnicos con las empresas del sector para trazar y evaluar de forma preliminar posibles soluciones técnicas para detectar y denunciar abusos sexuales de menores en comunicaciones electrónicas cifradas de extremo a extremo y abordar los desafíos y oportunidades reglamentarios y operativos en la lucha contra estos delitos.

Y, finalmente, la Iniciativa 8 se centra en “Mejorar la protección de los menores en el mundo mediante la cooperación multilateral”.

Para ello, se establece como medida clave “la promoción de la cooperación multilateral en el marco de la Alianza Mundial WePROTECT y mediante una financiación específica.”.

En lo que a las iniciativas penales se refiere, que son a las que aquí se quiere prestar atención, la Iniciativa 1 pone el foco de atención en la Directiva 2011/93/UE. La Estrategia advierte la falta de aprovechamiento por parte de los Estados miembro del potencial de la Directiva⁹.

Por ejemplo, en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo por el que se evalúa en qué medida los Estados miembros han tomado las medidas necesarias para cumplir la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011 (COM/2016/0871 final), se indica que los Estados miembro han traspuesto sin mayores dificultades el artículo 6 de la Directiva, relativo al embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, así como la punición de la inducción, complicidad y tentativa (artículo 7 de la Directiva) pero se detectan dificultades en relación con las conductas previstas en los artículos 3-5 de la Directiva (abuso sexual, explotación sexual y pornografía infantil).

Entendemos que esto se explica en la medida en que el abuso sexual, la explotación sexual y la pornografía infantil son conductas tipificadas en los textos punitivos y su adaptación a lo exigido por la Directiva supone un esfuerzo mayor porque implica una modificación en la tradición legislativa y en el acervo jurídico de cada Estado.

También se puede citar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo por el que se evalúa la ejecución de las medidas contempladas en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011 (COM/2016/0872 final)¹⁰.

Recuérdese que el artículo 25 de la Directiva se ocupa de las medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil. En este caso, igual que en la trasposición de las infracciones, la implantación de estas medidas en los Estados miembro es irregular y no se realiza de forma completa.

⁹ Bruselas, 24.7.2020. COM(2020) 607 final, p. 4.

¹⁰ Ambos Informes se tienen en cuenta en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo 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 (2015/2129(INI)), de 14 de diciembre de 2017.

Apoyándose en los informes anteriores, la Comisión insta a la completa trasposición y aplicación de la Directiva por parte de los Estados.

De este modo, la medida clave será instar a los Estados miembros a que completen “la aplicación de la Directiva contra los abusos sexuales de los menores con carácter prioritario. La Comisión seguirá recurriendo a las competencias ejecutivas que le confieren los Tratados a través de procedimientos de infracción, según sea necesario, para garantizar la rápida aplicación.”.

No obstante lo anterior, se entiende que es necesario ampliar la legislación y, en la Iniciativa 2 se exige “Garantizar que la legislación de la UE permita una respuesta eficaz”.

En este sentido se advierte la importancia de iniciativas como la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (COM/2018/225)¹¹; o normas como la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; o la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Esta última se ha visto ampliada con el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, que ha entrado en vigor el 21 de diciembre de 2020. Sin embargo, en este no se contempla una legislación que permita que las empresas de tecnología detecten y denuncien el abuso sexual online, lo que implica un freno en el número de casos informados¹².

En la Estrategia se reconoce la necesidad de hacer frente a esto y se propone “una solución legislativa de alcance limitado con el único objetivo de permitir que continúen las actividades voluntarias actuales” (p. 5).

En este contexto, se establece como medida clave que la Comisión proponga “la legislación necesaria para garantizar que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas puedan continuar sus prácticas voluntarias actuales para detectar en sus sistemas los abusos sexuales de menores después de diciembre de 2020”.

¹¹ En la fecha en que se redacta este trabajo, no se ha aprobado.

¹² <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/02/eu-must-close-legal-gap-protect-children-sexual-abuse-online-un-experts?LangID=E&NewsID=26736> [09.10.2022]

Además, se prevé que, posteriormente, “antes del segundo trimestre de 2021, la Comisión propondrá la legislación necesaria para luchar eficazmente contra los abusos sexuales de menores en línea incluso exigiendo a los proveedores de servicios en línea que detecten pornografía infantil conocida y obligándoles a denunciarlo ante las autoridades públicas”. Si bien, esto se ha retrasado hasta mayo de 2022¹³.

Hasta donde hemos llegado, para dar cumplimiento a este mandato, o hacerlo al menos en parte, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea. De este modo, con el Reglamento se permite “a determinados proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración usar [...] tecnologías específicas para el tratamiento de datos personales y de otro tipo en la medida estrictamente necesaria para detectar abusos sexuales de menores en línea cometidos en sus servicios y denunciarlos y para retirar el material de abuso sexual de menores en línea de sus servicios” (art. 1.1).

Por otro lado, se debe señalar que en el año 2021 el Consejo de la Unión Europea creó una Plataforma Multidisciplinar Europea contra las Amenazas Criminales (EMPACT), estableciendo un plan de actuación de 2022-2025. Entre las prioridades está la lucha contra la explotación sexual infantil, considerando que se debe combatir el abuso a menores online y offline, incluyendo la producción y difusión de material de abuso de menores así como la explotación sexual infantil online¹⁴.

2. LA DIRECTIVA 2011/93/UE: EL INICIO DE LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL A LOS MENORES EN LA RED

La protección de los menores no constituye una novedad en la Unión Europea tras la declaración de la pandemia. En relación con la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, inicialmente se aprobó la

¹³ Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2976 [09.10.2022]

¹⁴ <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/eu-policy-cycle-empact> [09.10.2022]

Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 23 de diciembre, que obligaba a los Estados miembros a sancionar conductas relacionadas con esta materia. No obstante, se trataba de una norma de mínimos que se sustituyó por la Directiva 2011/93/UE.

El uso y la repercusión de las nuevas tecnologías e Internet en el ámbito del abuso sexual aparecen de forma clara ya en los Considerandos de la Directiva¹⁵. Así, en lo que aquí nos interesa

Considerando 3: La pornografía infantil, que consiste en imágenes de abusos sexuales a menores, y otras formas especialmente graves de abusos sexuales y explotación sexual de la infancia está aumentando y extendiéndose con el uso de las nuevas tecnologías e Internet.

Esto justifica la tipificación de un concepto amplio de abuso sexual y de pornografía infantil, junto con la creación de un nuevo tipo penal, el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

De este modo, se considera abuso sexual no solo “realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual” (art. 3.4), sino también “hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual” (art. 3.2) o presencie abusos sexuales (art. 3.3). En ambos casos, lo habitual será que el menor no se encuentre en el mismo lugar y en el mismo momento en los que se están produciendo los actos, de manera que se le mostrarán a través de algún medio de comunicación.

Una mayor trascendencia presenta, o al menos así nos lo parece, la ampliación del concepto de pornografía infantil. En la Directiva se considera tal tanto la denominada pornografía clásica como la “pornografía alusiva a menores”¹⁶.

Art. 2. c) «pornografía infantil»: i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente

¹⁵ También ocurría en la Decisión Marco 2004/68/JAI aunque, como es lógico, con un menor desarrollo.

¹⁶ DÍAZ CORTÉS, L.M., “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ep., nº 13, enero, 2015, p. 33 y 34, siguiendo en las definiciones de esta clasificación a OSSANDÓN WIDOW.

explícita real o simulada, ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, iii) 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, o iv) 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.

Esta previsión implica equiparar el material en el que aparece un menor realizando una conducta sexual real, con la creación artificial, pero realista, de la imagen de un menor representando estos actos.

Sobre la base de este nuevo concepto de pornografía infantil, la Directiva exigirá la sanción penal de su adquisición o posesión (art. 5.2), así como del acceso a sabiendas de este material (art. 5.3), de la distribución, difusión o transmisión (art. 5.4), ofrecimiento, suministro o puesta a disposición (art. 5.5) y de su producción (art. 5.6). Si bien, se otorga potestad a los Estados para decidir si sancionan o no la posesión o la producción de pornografía infantil para uso privado cuando consista en “imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor” y no exista riesgo de difusión del material (art. 5.8).

Otra novedad relevante es la tipificación del embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos en el artículo 6.

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 [actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento o producir pornografía infantil]

Junto a este nuevo tipo penal, se exige la punición de “cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, de adquirir o poseer pornografía infantil o de acceder a sabiendas a ella (art. 6.2).

Finalmente, al margen de las previsiones de Derecho Penal sustantivo, se contempla en el artículo 25 la obligación de adoptar “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 procurarán obtener la retirada de las páginas de esa índole que

se encuentren fuera de su territorio” y la potestad de adoptar medidas “para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a usuarios de Internet en su territorio.”. Esto tiene sentido en un contexto de reconocimiento de la peligrosidad de Internet en este ámbito.

3. LA REGULACIÓN JURÍDICO PENAL ESPAÑOLA DEL ABUSO SEXUAL ONLINE A MENORES: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA EUROPEA

Si nos detenemos en el ordenamiento jurídico penal español, antes de la exigencia de trasponer la Directiva 2011/93/UE, España contaba con una protección amplia de la indemnidad sexual de los menores¹⁷. En lo que aquí nos interesa, debemos advertir que, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorpora en el art. 183 bis el denominado *online child grooming* o delito de embaucamiento de menores a través de Internet, aunque con una pena menos grave de la que pocos meses después contemplaría la Directiva 2011/93/UE¹⁸. La trasposición de la Directiva se llevará a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Con esta reforma del Código Penal, el delito de *online child grooming* se traslada a un nuevo precepto, el artículo 183 ter, y se incorporan en el apartado 2 dos nuevas conductas típicas: embaucar para facilitar material pornográfico o mostrar al menor ese material¹⁹.

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material

¹⁷ Con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de marzo, se incorpora a la rúbrica del Título VIII el Libro Segundo del Código Penal la indemnidad sexual como bien jurídico a proteger de manera específica y diferenciada de la libertad sexual. A través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se crea un Capítulo nuevo, el II bis dedicado a los abusos y agresiones sexuales a los menores de trece años, cuya edad se elevará a los dieciséis con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Las últimas reformas en esta materia son recientes: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio y Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

¹⁸ El artículo 183 bis contemplaba una pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Sin embargo, en el artículo 6 de la Directiva se insta a que la sanción sea privativa de libertad de duración máxima de al menos un año.

¹⁹ Con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de octubre, el contenido del artículo 183 ter se traslada al artículo 183.

pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Se sancionan así las tres conductas previstas en el artículo 6 de la Directiva. Sin embargo, en contra de lo establecido en la Directiva, se mantiene la pena alternativa entre prisión y multa para el caso en el que se propone concertar un encuentro con un menor de dieciséis años con la finalidad de cometer un abuso o una agresión sexual o cualquier conducta relacionada con la pornografía infantil. Por su parte, en los otros dos supuestos se establece una pena de prisión de seis meses a dos años, sin contemplar ninguna otra alternativa.

Lo cierto es que no logramos identificar un mayor injusto o una mayor puesta en peligro del bien jurídico protegido en los casos del apartado 2 que en el previsto en el primero. Es más, de haber un mayor injusto, entendemos que sería a la inversa ya que la lesión de la indemnidad sexual es más próxima cuando se busca el encuentro físico, que cuando se quiere conseguir material pornográfico o se llega a mostrar imágenes pornográficas. En estos casos el encuentro no se producirá y puede que el menor, según su edad y madurez, ni siquiera llegue a comprender lo que está viendo.

Junto a lo anterior, con la Ley Orgánica 1/2015 se produce una reforma significativa en el ámbito de los delitos relativos a la pornografía infantil. Esta modificación tiene su base en la incorporación de la definición amplia de pornografía infantil propuesta en el artículo 2 c) de la Directiva 2011/93/UE.

Artículo 189.1 del Código Penal: A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) 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, salvo

que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) 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.

Siendo esto así, el ordenamiento español amplía la tradicional concepción de pornografía infantil, en la que se vinculaba el abuso sexual exclusivamente a un menor real²⁰. Tras la reforma de 2015, se criminalizará la pornografía infantil real y la pornografía infantil aparente o pseudopornografía²¹. Esta ampliación ha sido, y es, objeto de crítica por parte de un sector doctrinal. Principalmente, se esgrimen dos argumentos en contra.

Por un lado, se considera que la realización de todas las conductas asociadas a la pornografía infantil, no lesionan el bien jurídico de la indemnidad sexual. Este es el caso de la pseudopornografía, a través de la cual no es posible lesionar este bien jurídico porque no hay ningún menor real afectado. De este modo, lo que se lesiona es la idea de infancia o la desviación de lo que se considera moralmente correcto.

FERNÁNDEZ TERUELO, lo que parece sancionarse es el “mero deseo de obtener satisfacción sexual con la idealización de menores, aunque no exista menor alguno que se haya visto afectado por el comportamiento típico, por lo que, en definitiva, parece ser más bien una cuestión de moral sexual”²².

²⁰ Véase GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 16, enero de 2016, p. 120.

²¹ Siguiendo a GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 16, enero de 2016, pp. 127-132.

Es a lo que OSSANDON WIDOW, M^aM., “La técnica de las definiciones en la ley penal. Análisis de la definición de “material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años”, *Política Criminal*, Vol. 9, nº 18, diciembre 2014, p. 282 denomina pornografía clásica y la pornografía alusiva a menores. Esta misma nomenclatura defiende DÍAZ CORTÉS, L.M., “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ep., nº 13, enero, 2015, pp. 34 y ss.

²² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015

Por otro lado, el tenor literal del precepto permite sancionar la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento, o el facilitar cualquiera de estas conductas, de material que represente órganos sexuales de un menor, aunque este material no tuviera un carácter sexual inicial.

GONZÁLEZ TASCÓN entiende que “Asistimos así a una nueva expresión del derecho penal de autor que sitúa como centro de la construcción de estos tipos penales la mirada de las personas con inclinaciones hacia los niños con la consabida quiebra de principios básicos de nuestro modelo de estado”²³.

En el mismo artículo 189 se incorpora otra exigencia de la Directiva 2011/93/UE (art. 5.3): la sanción a quien accede a sabiendas a pornografía infantil a través de las tecnologías de la información (apartado 5). No obstante, no se establece en la normativa española como presunciones de la voluntariedad en el acceso que el sujeto sea recurrente o que se cometa a través de un servicio sujeto a pago, como ocurre en la norma europea (Considerando 18)²⁴.

Finalmente, en relación a la pornografía infantil, la reforma del año 2015 establece la posibilidad de que se retiren de las páginas web o aplicaciones de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o,

de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se tipifique como tal)”, en CUERDA ARNAU, M.L. (directora), FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., (coordinador), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 177.

²³ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. “Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 16, enero de 2016, p. 132.

En contra de esta interpretación se ha mostrado la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2015, tal y como la propia GONZÁLEZ TASCÓN recoge en su trabajo. La Circular 2/2015 se muestra partidaria de defender que en relación con las imágenes de los menores desnudos hay que matizar que su calificación como pornográficas depende de que estén en sí mismas enmarcadas en un contexto lascivo, poniendo como ejemplo de lo dicho que el posado tiene que tener un contenido sexual o que la imagen tiene que enfatizar los órganos sexuales.

²⁴ Así se mantiene después de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022.

DÍAZ CORTÉS, L.M., “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ep., nº 13, enero, 2015, p. 46 considera que la no previsión de las presunciones resulta más garantista.

incluso, el bloqueo al acceso a estas páginas o aplicaciones en el territorio español, mediante orden judicial (art. 189.8 CP)²⁵.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, preveía, además, un endurecimiento de las penas, conforme a las exigencias de la Directiva.

EPÍLOGO

La Estrategia de la Unión Europea para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores se aprueba después del primer gran confinamiento derivado de la declaración de la pandemia de la Covid-19. Este texto surge con el convencimiento de que el encierro ha incrementado las prácticas de abuso sexual de menores, en general, y del realizado a través de la red, en particular.

En ella se desarrollan ocho iniciativas, entre las que hemos destacado las dirigidas a aplicar la normativa penal de la Unión. En concreto, la Directiva 2011/93/UE. Y hemos tratado de mostrar su efecto en la normativa española.

A priori, el legislador penal español responde de forma amplia a las exigencias punitivas de la Unión Europea. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2015 no resulta satisfactoria a ojos de la Comisión Europea: el 24 de enero de 2019 se emitió un Emplazamiento a España por una incorrecta trasposición de la Directiva.

Las deficiencias en la trasposición de la norma europea se han tratado de subsanar a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²⁶.

Dentro de esta amplia norma, destaca la modificación en el cómputo del tiempo de prescripción de los delitos contra la indemnidad sexual. A partir de la entrada en vigor de la reforma, cuando la víctima sea menor de dieciocho años, el tiempo empezará a contar a partir de que esta cumpla los treinta y cinco años, salvo que fallezca antes, en cuyo caso empezará a contar a partir de la fecha del fallecimiento (art. 132.1 párrafo tercero CP).

Además, se añade un nuevo precepto, el artículo 189 bis:

²⁵ Se prevé, incluso, la posibilidad de que se adopten estas medidas de manera cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

²⁶ Se satisface una de las recomendaciones formuladas por Comité de Derechos del Niño, de 5 de marzo de 2018. Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/ESP/CO/5-6, p. 2.

La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Con este precepto se sanciona la distribución o difusión de la pornografía infantil y se prevé la adopción de medidas dirigidas a retirar los contenidos de Internet o interrumpir o bloquear los servicios que ofrezcan estos contenidos.

No obstante, España ha recibido el 15 de julio de 2022 un Emplazamiento complementario al aprobado en enero de 2019, por considerarse que ha traspuesto de manera incorrecta determinadas disposiciones de la Directiva relativas a la definición de algunas infracciones, prevención y asistencia a las víctimas.

España cuenta con un plazo de dos meses para contestar y, hasta el momento desconocemos si lo ha hecho. Habrá que estar pendiente de sus eventuales alegaciones y de su valoración por parte de la Comisión.

BIBLIOGRAFÍA

Abadía Selma, Alfredo (2020), “El peligro de la sobreexposición de los menores a internet frente al child-grooming en tiempos de covid-19 (1)”, *La Ley Penal*, nº 144, mayo-junio, pp. 1-31.

Díaz Cortés, Lina Mariola (2015), “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ep., nº 13, enero, pp. 13-50.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo, (2016)“Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se tipifique como tal)”, en Cuerda Arnau, M^a Luisa. (directora), Fernández Hernández, Antonio, (coordinador), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 176-198.

González Tascón, M^a Marta, (2021) “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, *Diario La Ley*, n^o 9902, 29 de julio, pp. 1-17.

González Tascón, M^a Marta, (2019) “La protección de los menores frente al abuso y la explotación sexual a través de las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas físicas imputables”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, n^o 21, enero, pp. 233-298.

González Tascón, M^a Marta, (2016)“Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, n^o 16, enero, pp. 81-156.

Méndez, Layssa/ Pérez Fernández, Francisco, (2020) “El grooming como factor de impacto en tiempo de pandemia”, *Diario La Ley*, n^o 9752, 11 de diciembre, pp. 1-10.

Zaragoza Tejada, Javier Ignacio, (2019) “Menores sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal”, *La Ley Derecho de Familia*, nº 23, tercer trimestre, pp. 1-25.