



Toma de postura sobre el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil y los sujetos del mismo¹

Taking a position on the protected legal interest of crime child pornography and its subjects

Rosmari Moreno Acevedo

Universidad Pablo de Olavide

rmmorace@upo.es

ORCID: 0000-0001-8327-7547

Resumen

En este artículo trataremos de determinar el concepto de menor de edad, que adelantamos, es asumido por el legislador según se expone en la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, por la asunción de obligaciones provenientes de los textos internacionales; la determinación de la minoría de edad para prestar válidamente su consentimiento en las actividades sexuales en el que se vea involucrado y en concreto, las relativas a la pornografía infantil; qué consecuencias entraña la decisión legislativa de dispensar distintas edades en los tipos relacionados con la protección de la sexualidad de los menores; y por último, analizaremos aquellos casos conflictivos para determinar la edad en la pornografía virtual del material pornográfico infantil y, las consecuencias jurídicas derivadas de la utilización en plural de los conceptos que designan a los titulares del bien jurídico.

Palabras clave: Pornografía infantil, material pornográfico, victimización del Menor.

Abstract

In this article we will try to determine the concept of a minor, which is assumed by the legislator as stated in the Explanatory Memorandum of LO 11/1999, due to the assumption of obligations from international texts; the determination of the age of minority to validly give consent in sexual activities in which they are involved and, specifically, those related to child pornography; what are the consequences of the legislative decision to dispense different ages in the types related to the protection of minors' sexuality; and finally, we will analyse the conflictive cases to determine the age in virtual pornography, child pornographic material and the legal consequences derived from the use of the plural of the concepts that designate the holders of the legal right.

Key words: Child pornography, sexual grooming, child victimization.

¹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de las actividades del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (GI³CRIM), (PAIDI SEJ678).

Cómo citar este trabajo: Moreno Acevedo, Rosmari. (2025). Toma de postura sobre el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil y los sujetos del mismo. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (05), 01–35. <https://doi.org/10.46661/respublica.11428>.

1 Introducción

El concepto de bien jurídico aparece en la dogmática penal a comienzos del s. XIX bajo la influencia de la Teoría del contrato social. El Derecho penal de la Ilustración concibió el delito como una lesión de los derechos subjetivos. Como defensor de este postulado Feuerbach intentó probar que el objeto de protección en cada uno de los preceptos penales es el derecho subjetivo del individuo o del Estado².

Por su parte, Birnbaum, creador de la nueva Teoría del bien jurídico, por el contrario, no estimó que el objeto tutelado consistiese en un derecho sino más bien en un bien natural garantizado por el poder del Estado que podía corresponder tanto al individuo como a la comunidad³.

No será hasta principios del s. XX cuando Binding perfecciona el concepto de bien jurídico identificándolo con un estado valorado por el legislador: «...todo lo que a los ojos del legislador tiene como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma»⁴.

Por su parte, Von Liszt trasladó el epicentro del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al «interés jurídicamente protegido», pero al contrario que Binding que

sólo trato el bien jurídico de forma superficial, este autor lo consideró como un elemento esencial en la estructura del delito⁵.

En la actualidad, el bien jurídico constituye la base de la estructura y de la interpretación de los tipos penales.

Es por ello, como afirma Jescheck, que «el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, pudiendo atribuirse como titular al individuo o a la colectividad»⁶, o en palabras de Hassemmer «la conducta humana sólo puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico».

De este modo, el bien jurídico debe cumplir distintas funciones en el Derecho penal según la doctrina alemana, esto es, como concepto central del tipo conforme al cual han de determinarse todos los elementos objetivos y subjetivos, así como un importante instrumento de interpretación y, a su vez, como criterio de clasificación a la hora de agrupar los tipos⁷.

En este contexto, nuestra doctrina ha considerado tradicionalmente que el bien jurídico cumple cuatro funciones: función de límite y orientación del *ius puniendi*, función sistemática, función interpretativa (exegética) y, por último, función de mediación y

² FEUERBACH, P., Revisión, pp. 65 y 65. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página, núm. 2, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350.

³ BIRNBAUM, J.M, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 15, 1834, p. 179. Citado por JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página 3, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350.

⁴ BINDING, K., *Normen*, t. I, pp. 353 y ss. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página núm. 4, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350. Por su parte, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2006, p. 56, conceptualiza los bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa

concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”

⁵ VON LISZT, F., *ZStW*, 8, 1888, p. 134 y ss. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal*, vol. I, en nota a pie de página, núm. 5, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350. Por su parte, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2a ed., alemana, traducción LUZÓN PEÑA, D.L., /2006, p. 56, conceptualiza los bienes jurídicos como «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema».

⁶ JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, traducción MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 4a ed., 1993, p. 232.

⁷ *ibidem* p. 234.

delimitación de la pena. Autores como Cobo del Rosal⁸ definen el bien jurídico como un valor de la vida protegido por el Derecho. En esta línea, cabe destacar la conceptualización ofrecida por Luzón Peña para quien el bien jurídico consistiría en «las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y la sociedad»⁹.

Todas estas manifestaciones permiten que el concepto de bien jurídico en el ámbito del Derecho penal haya desembocado en la creación del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad o lesividad*. El cual viene a significar que, para que una conducta sea considerada como delito se precisa que la misma lesione o ponga en concreto o abstracto peligro a un bien jurídico protegido.

Atendiendo a lo expuesto, a lo largo del presente trabajo abordaremos una cuestión que resulta necesaria para la comprensión de estos delitos. En efecto, la pregunta a plantear es qué bien o bienes jurídicos se pretenden tutelar por el legislador en el art. 189 Cp.

No obstante, adelantamos que la rúbrica que da nombre a los delitos del Título VIII del Cp – en el que e incluye los delitos de pornografía infantil-, tras la última reforma producida por LO 10/2022, de 6 de septiembre, afecta de manera especial al Título VIII y a su rúbrica. Pero, al mismo tiempo sin perder de vista los cambios realizados en ella durante las diferentes modificaciones llevadas a cabo en el Título desde la entrada en vigor del Código

Penal de 1995. Y ello porque quizás parece *ab initio* dar la razón al sector doctrinal que ha defendido como objeto tutelado la libertad sexual en el Título tras la reforma de 2022.

Así como es sabido, la rúbrica del Título tras su última modificación por LO 10/2022, de 6 de septiembre de Garantía Integral de la libertad sexual pasa a denominarse desde entonces “*Delitos contra la libertad sexual*”, dejando a un lado la mención que se hacía desde 1999 en su rúbrica referente a los “*Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*”. En consecuencia, cabe deducir que tras la supresión a la referencia de la indemnidad sexual, el legislador se decanta por constituir un único bien jurídico protegido, la libertad sexual¹⁰.

A este respecto, a nuestro juicio, no valoramos positivamente la decisión de prescindir del bien jurídico, indemnidad sexual, de la rúbrica pues ello supone un paso atrás a lo conseguido con anterioridad. Abundando, al menos con la anterior rúbrica¹¹ se reconocía de forma directa la importancia del bien jurídico, indemnidad sexual, para comprender y entender la tipificación de algunos ilícitos penales cuyas víctimas son menores de edad –sobre todo, cuando se trata de los menores de dieciséis años- y las personas con discapacidad.

Aunque también parece lógico pensar que al igual que otras ocasiones, el hecho de que el legislador de turno de un nombre determinado a una rúbrica de un Título del Código Penal, no significa que en ese Título se

⁸ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal. Parte General, 5a ed., 1999, p. 318.

⁹ LUZÓN PEÑA, D.L., Curso de Derecho Penal, 1996, p. 327

¹⁰ CARUSO FONTÁN, Viviana, POMARES CINTAS, Esther y GARCÍA ÁLVAREZ. Pastora. (2024). Introducción al monográfico especial sobre “*Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, también conocida como Ley del ‘solo sí es sí’*”. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (4). 9-11.

¹¹ Como expone SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), Sistema de Derecho Penal Español, ed. 2a, 2015, p. 230, la anterior rúbrica del Título VIII, pretendió por primera vez, identificar en la propia sistemática legal el objeto u objetos de tutela en los distintos delitos. Delitos que fueron fruto de dos reformas que se sucedieron, de un lado, en 1989 en la que se sustituyó la honestidad como objeto tutelado por la libertad sexual. Y, de otro la de 1999 que tras la variedad de contenidos que aparecían en los distintos ilícitos reunidos en el mismo Título, añadió la indemnidad sexual, tal y como aparecía en la anterior rúbrica del Capítulo V, del Título VIII del CP.

tutelen sólo y exclusivamente el bien o bienes jurídicos mencionados en ella. Pues, en algunos de los delitos regulados en el Título VIII el objeto tutelado no se menciona directamente, pero que han de tenerse en cuenta para poder realizar una interpretación respecto de su tipificación y esto mismo es lo que sucede con los delitos de pornografía infantil.

Así las cosas, cabe pensar que el legislador de 2022 estima pertinentes los planteamientos de aquellos autores que ya con la reforma de 1999 criticaron la decisión de incorporar en la rúbrica como valores fundamentales dignos de protección tanto a la libertad como a la indemnidad sexuales.

A estos efectos traigo a colación por su interés la postura mantenida por Caruso Fontán, al indicar que «...es necesario rechazar esta diferenciación, ya que al interpretar a la libertad sexual como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válido, entendemos que los conceptos de libertad e indemnidad sexual son sinónimos y, por lo tanto, que pueden ser utilizados para definir el valor que debe protegerse tanto en el caso de personas adultas como de menores de edad o, incluso, de personas privadas de sentido»¹².

El establecimiento de la mencionada dualidad de bienes jurídicos con la reforma de 1999 ocasionó que la literatura científica se planteara si se trataba de dos bienes jurídicos distintos o si por el contrario, se trataba de un solo bien jurídico que tutelaba dos realidades diferentes.

Las conclusiones a este respecto no resultaron pacíficas, si bien varios años después la LO 1/2015 que reforma el CP pondría la balanza hacia una doctrina mayoritaria defensora del planteamiento de que realmente se trata de

proteger dos dimensiones diferentes tal y como se deduce del hecho de reconocer a los menores de dieciséis años la capacidad para consentir libremente en el ámbito sexual, aun como señala Sáinz-Cantero Caparros «aunque la eficacia eximente de dicho consentimiento se relativice o condiciones»¹³.

Actualmente, tras la modificación del texto punitivo en 2022 crece la sensación de que el legislador asume como válida la idea de que la intervención punitiva en el vigente Derecho Penal sexual recae sobre la libertad sexual.

Realizada esta especie de introducción al tema del bien jurídico, a continuación, procederemos al análisis pormenorizado desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial sobre la discusión concerniente respecto de la designación del bien jurídico o bienes jurídicos que se tutelan en los delitos de pornografía infantil regulados en el art. 189.1 Cp.

2 Toma de postura sobre el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil

Los postulados que tradicionalmente han tratado de delimitar el objeto tutelado en los delitos sexuales que componen el Título VIII y en particular, respecto del art. 189 son varios y muy diferentes. En este sentido, cada una de las propuestas ofrecidas por la academia deviene de su interpretación teleológica con el propósito de descifrar su *ratio legis*. Como hemos intentado resaltar los diferentes planteamientos aportados procuran fundamentar el objeto tutelado a partir de su ubicación sistemática.

Sin embargo, como es sabido, entre las modificaciones producidas con la LO 10/2022, de 6 de septiembre se incluye entre otras cuestiones la eliminación de la rúbrica del

¹² CARUSO FONTÁN, V., Nuevas perspectivas sobre los delitos, 2006, p. 157; RP, núm. 28, 2011, p. 32. En idéntico sentido se postulan MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), Comentarios a la Parte Especial, 2002, p. 309.

¹³ SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), Sistema de Derecho Penal Español, ed. 2a, 2015, p. 231.

Título VIII del bien jurídico, indemnidad sexual, pasando a denominarse «Delitos contra la libertad sexual». De la rúbrica cabe entender que la previsión del legislador es la de establecer un único objeto de protección, la libertad sexual, para todos los ilícitos penales que componen el Título VIII. Ahora bien, esta decisión legislativa no nos debe llevar a error, pues se hace necesario matizar que no cabe generalizar la idea de que la libertad sexual es el único objeto tutelado. Y nos basamos en ello en que ya desde su descripción, que se ha respetado tras la reforma de 2022, presenta la primera incoherencia en tanto que de la redacción no cabe sustentar que sea la libertad sexual el único objeto de protección en las figuras delictivas que componen el Título VIII, por cuanto que si se observa sólo en sentido amplio cabe deducir que la libertad sexual sea el bien jurídico protegido.

Así sucede sobre todo en los delitos sexuales cuyas víctimas son menores de edad y personas discapacitadas –ejemplificando, las agresiones sexuales a menores de dieciséis años-.

Siguiendo los parámetros señalados, en el siguiente apartado tomaremos una posición conforme a la cual se concrete el bien o bienes jurídicos objeto de protección en los delitos de pornografía infantil. Para afrontar esta labor tendremos en consideración el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos o de ofensividad, puesto que no hay que olvidar la importancia que se presta al bien jurídico en la conformación de la teoría del delito.

Dicho esto, cabe reseñar que tal tarea se muestra desde su inicio bastante compleja. Si nos centramos en las figuras delictivas del art. 189 cabría pensar en un principio que la nueva redacción debe interpretarse conforme a un único objeto de protección, la libertad sexual. Sin embargo, a nuestro juicio, el bien jurídico que determina el legislador no es el elemento común en los diversos delitos sexuales que componen el Título VIII, pues, cabe señalar que para dar coherencia a la determinación

del objeto tutelado habrá de tenerse en cuenta las peculiaridades de cada tipo penal.

El bien jurídico, indemnidad sexual del que se desprende el legislador debe seguir siendo el punto de referencia para interpretar el alcance y significado de los delitos cuyos sujetos pasivos sean menores de edad y personas con discapacidad.

Pero esta afirmación, a su vez, debe ser concretada cuando se trata de los delitos de pornografía infantil, pues, en nuestra opinión, no cabe tampoco generalizar la afirmación de que la indemnidad sexual es el bien jurídico afectado por la comisión de las conductas típicas descritas en el art. 189 Cp.

De ahí que en las líneas que siguen se pretenda responder a la incógnita de cuál es entonces el bien o bienes que se tutelan en el art. 189 Cp.

Lo primero que llama la atención es que, según la previsión legislativa del legislador tras la reforma de 2022, la libertad sexual es el valor fundamental protegido en todo el Título VIII y cuya titularidad la ostentan todas las personas con independencia de su edad cronológica y de las circunstancias personales que les afecten.

De lo que se desprende, por tanto, que en los delitos de pornografía infantil es la libertad sexual de los menores de edad y personas discapacitadas la afectada en la realización de actos sexuales con éstos, aunque no se haya empleado ni violencia o intimidación.

Sin embargo, parece que el legislador olvida que el problema que plantean los delitos sexuales cuyos afectados son estos sujetos es que se puede hablar de libertad sexual como objeto tutelado específicamente, habida cuenta de que existe una protección reforzada sobre los mismos que viene fundamentada en la imposibilidad, por imperativo legal, de ejercer la libertad entendida como capacidad de autodeterminación.

De tal modo que, cuando de menores se refiera no tienen aún reconocida dicha capacidad y respecto de las personas con

discapacidad porque no poseen los presupuestos cognitivos ni volitivos para determinar la capacidad de autodeterminación¹⁴.

Así las cosas, cabe concluir que a pesar de las diversas previsiones legislativas a lo largo de los años, suele ocurrir que a veces las rúbricas de los Títulos del Código Penal no se corresponden con el valor o valores fundamentales realmente protegidos. De ahí que, se haya afirmado con demasiada frecuencia que las rúbricas no determinan de forma definitiva la protección legal de un bien jurídico, sino que ello se consigue mediante la configuración y el contenido del precepto encargado de su protección.

Asentada esta primera conclusión, a continuación, se parte de una interpretación teleológica que permite inferir que libertad sexual es el objeto tutelado principalmente en el Título VIII, pero no el único. Pues, aunque no se mencione en su rúbrica también ha de tenerse presente como objeto de tutela a la indemnidad sexual.

No obstante, ello no obsta para que afirmemos que, a nuestro juicio y aun a riesgo de equivocarnos, subsisten otros bienes jurídicos protegidos en el contenido de los tipos penales del art. 189. Es decir, sostenemos la idea de que los tipos de injusto del art. 189 están configurados como delitos pluriofensivos. Ejemplificando, aunque adelantemos posturas, tal circunstancia ocurre en el art. 189,1 b) cuyos bienes objetos de protección resultan ser de un lado, la

dignidad de las personas conforme al planteamiento defendido por Alonso Álamo¹⁵, circunscrito a la idea de no instrumentalización, cosificación o envilecimiento de los sujetos pasivos. Y de otro, la intimidad.

Abundando en la idea de la pluriofensividad de las figuras típicas reguladas en el art. 189, no sólo, según defendemos, se trata de proteger la indemnidad sexual como sucede en el apartado primero, letra a), o la dignidad e intimidad en el mismo apartado, letra b)¹⁶, sino que, esto mismo sucede con el art. 189.5 –adquisición, posesión o acceso de material pornográfico infantil para uso privado- cuya previsión se encamina a proteger otro bien jurídico muy distinto al de la indemnidad sexual.

En efecto, según señalan algunos autores el bien jurídico que se protege en este precepto va referido de forma autónoma a la moral sexual colectiva¹⁷. Por el contrario se afirma que no cabe considerar de forma autónoma a la moral sexual colectiva como objeto tutelado sin la presencia de otro bien jurídico que lo acompañe¹⁸.

Lo que es cierto es que sostener que en el tipo de injusto al que hacemos referencia el valor inmediato de protección es la moral sexual colectiva supone para algunos reconocer que nuestro legislador aplica un Derecho penal del enemigo¹⁹ persiguiendo a sujetos con trastorno sexual como la pedofilia, a través de la regulación de tales conductas y siempre bajo el prisma de la moral sexual colectiva. Lo

¹⁴ En la misma línea, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 24ª, 2022, p. 225.

¹⁵ ALONSO ÁLAMO, M, *RGDC*, núm. 12, 2011, pp. 19 y ss.

¹⁶ Para RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, 2013, pp.185-189.

¹⁷ Abogan por esta idea como ejemplo, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., en BOIX REIG, (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2010, p. 682.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 19ª, 2013, p. 211.

¹⁹ O llamados, como afirma MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 22ª., 2019, p. 228, “delitos de sospecha” que se construyen ignorando quién atenta contra el bien jurídico protegido y /o a veces, como delitos de autor, por cuanto que fundamentan la punición en juicios de desvalor personales y no en hechos tangibles de lesividad relevante, según TERRADILLOS BASOCO, J.M., en RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Pederastía. Análisis jurídico-penal*, 2019, p. 372.

que a su vez significa que esa supuesta moralidad sexual colectiva dependerá de determinados ideales que reinen en cada momento en la sociedad o del partido político que en esos momentos gobierne. En definitiva, a lo que se viene denominando «populismo punitivo».

Llegados a este punto, es necesario cuestionarse si la defensa de la moral sexual colectiva es el único fundamento que justifica el *ius puniendi* del Estado en estos supuestos. Pues, como se ha pretendido resolver con anterioridad es desconcertante hacer depender la potestad sancionadora del Estado de tal concepto, a pesar de no existir una lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, indemnidad sexual, toda vez que no existe un sujeto pasivo al que proteger su indemnidad sexual.

De este modo, si se admite tal planteamiento se estaría reconociendo la vulneración del principio de ofensividad o de exclusiva protección de los bienes jurídicos.

Es más, con la incriminación de tales conductas el reproche penal se dirige a la posesión, adquisición o acceso de material pedófilo, es decir, sobre el objeto material del delito. Un material en el que se encuentran representados los sujetos pasivos que previamente ha sido elaborado, lo que supone que el menoscabo al objeto protegido, indemnidad sexual, se ha realizado con anterioridad.

Lo que conduce a pensar que si con tal criminalización no se produce la vulneración de principios tan fundamentales en el Derecho Penal como el de ofensividad, el de intervención mínima del *ius punendi* o el de seguridad jurídica²⁰ si lo que se salvaguarda es la indemnidad sexual de los sujetos pasivos.

En consecuencia, a nuestro juicio, hay que desechar la idea de que es la indemnidad

sexual lo que se protege en el apartado quinto del art. 189 Cp.

Asimismo, cabe preguntarse si lo mismo sucede con el bien jurídico, intimidad, cuando por ejemplo terceras personas acceden a sabiendas al material pornográfico infantil. En este supuesto hipotético, cuanto más acceso se tenga sobre el material pornográfico infantil a través, por ejemplo, De la aplicación X -antes Twitter-, más afectará a la intimidad de la víctima (art. 197.7).

Con todo, la cuestión que realmente se suscita es, a mi juicio, qué ocurriría si no existiese un mercado ilícito de pornografía infantil o material pedófilo.

A dicha cuestión, sólo cabe responder que, si no coexistiesen, posiblemente, la cosificación o instrumentalización de los menores de edad no se produciría. Por tanto, más que justificar la existencia única del bien jurídico protegido, la moral sexual colectiva o bien acompañado por otro, o incluso, considerar la moral sexual colectiva o también llamada por MUÑOZ CONDE «orden moral social» como un concepto valorativo, es más oportuno distinguir entre el bien jurídico protegido y la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma. Es decir, los motivos por el que el legislador criminaliza las conductas típicas del art. 189.5.

En ese caso, si se asume fundamentar la tipificación del precepto en base a su *ratio legis*, me inclino por pensar, que la misma reside en un intento por erradicar la cosificación o instrumentalización de los sujetos pasivos, así como eliminar un mercado de material en el que aparecen abusos y agresiones sexuales de menores –con la legislación actual agresiones sexuales–.

De tal forma que, mediante el reproche penal dirigido al consumidor de este tipo de material se intenta evitar la creación de material y, por ende, de forma indirecta, incidir en la demanda de material pedófilo.

²⁰ De la misma opinión ESQUINAS VALVERDE, P., RDPC, núm. 18, p. 172.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, mis conclusiones sobre el objeto tutelado en el art. 189 pueden resumirse de la siguiente manera: A pesar de la última modificación del Código Penal en virtud de la LO 10/2022, de 6 septiembre, que suprime de la rúbrica la indemnidad sexual como objeto tutelado en el Título VIII, dejando la libertad sexual como exclusivo valor fundamental digno de protección, no debe confundirnos, pues, tal previsión resulta insuficiente para interpretar los delitos sexuales cuyas víctimas son menores y personas con discapacidad.

Por ello, es necesario seguir considerando que la indemnidad sexual sigue estando presente como bien jurídico protegido y al que hay que acudir para una mejor comprensión de los tipos penales que conforman el Título.

Dicho esto, el problema que se plantea es saber cuándo se entiende protegido uno u otro bien jurídico respecto de las conductas típicas con connotaciones sexuales en los que aparezcan inmersos los menores de edad y personas con discapacidad.

Para resolver esta interrogante han de tenerse en cuenta las características propias del sujeto pasivo. Así de *lege lata* y, por regla general, la libertad sexual regirá como objeto tutelado cuando el sujeto pasivo sea mayor de edad, es decir, a los dieciocho años de edad, según preceptúa el art. 12 CE.

Como es sabido, el artículo constitucional otorga capacidad plena o autodeterminación, aunque, dicha capacidad pueda ser limitada si la persona se encuentra en una situación de incapacidad, en cuyo caso, carecerá absolutamente de aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y deberes jurídicos, y

precisará de un representante legal, que ejerza los derechos y deberes como titular, según establece el actual art. 246 del Cc.²¹.

La reforma introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, instauró una salvedad a través de una cláusula de exclusión de responsabilidad penal, la cual prevé, que se considera válido el consentimiento prestado por menores de dieciséis años para la realización de actividades sexuales con otro individuo que se encuentre próximo a la edad de aquél y cuyo grado de desarrollo o madurez física y psicológica, sean parecidos –actual art. 183 bis-²².

La cláusula a la que se hace mención viene siendo denominada por la literatura científica como *Romeo and Juliet exception*, aludiendo al hecho de que ambos enamorados shakesperianos acaban de entrar en la adolescencia²³.

Esta exclusión de responsabilidad penal que menciona el actual art. 183 bis –anterior art. 183 quáter- sólo es aplicable, según la nueva redacción dada por la reforma de 2022, a los delitos previstos en el Capítulo II y, que lleva por nombre «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años» del Título VIII, siempre que den los requisitos mencionados en ella.

Por tanto, como puede observarse, la actual regulación resulta ser mucho más relajada en la tutela reforzada de los menores que la que se preveía en la anterior modificación de 2021, operada por la LO 8/2021, de 4 de junio. Dejando, de este modo, cierto margen de libertad por encima de la indemnidad sexual.

Pero, la ambigüedad del texto legal permite, sin embargo, la posibilidad de un gran margen

²¹ Tras la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 2 de junio, el art. 322 ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única 3, pasando su contenido al actual art. 246 Cc.

²² Con motivo de la LO 8/2021, de 2 de junio, el anterior art. 183 quater, -hoy art. 183 bis tras el cambio de ubicación producido por la reforma de 2022- se incluyó los términos «física y psicológica».

²³ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 630;. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. (2023). ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1) 9-24.

de maniobra al juez que tenga que conocer el asunto. Así, y como señala Muñoz Conde, «...el juez que tenga que decidir sobre el tema, puede dejarse llevar por prejuicios morales o culturales no coincidentes con los protagonistas del acto sexual»²⁴.

En efecto, y en lo que aquí interesa, la Ley Orgánica de Protección integral de la infancia y la adolescencia contra la violencia de 2021 dejaba fuera del ámbito de aplicación el actual art. 183 bis de forma directa, los delitos previstos en los Capítulos III, IV y V del Título VIII –o sea, las figuras típicas relativas al acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, así como prostitución, explotación sexual y corrupción de menores-²⁵.

Situación que, sin embargo, en el actual texto punitivo –art 183 bis- se refiere a la exoneración de responsabilidad penal, siempre y cuando se dan los requisitos previstos, aplicable a los delitos de agresión sexual de menores de dieciséis años (art. 181.1), determinación de un menor a presenciar actos sexuales (art. 182) y el llamado child-grooming o ciberacoso (art. 183), empeorando, en mi opinión, con una pobre técnica legislativa la redacción del texto legal²⁶.

Aún, así, la nueva previsión no implica que no deba apreciarse la indemnidad sexual como objeto protegido en todos aquellos delitos en los que los sujetos pasivos sean menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Y sólo cabrá hablar de la protección de una relativa libertad sexual en sentido amplio, junto con la indemnidad sexual como afirma Muñoz Conde, cuando se ejerza violencia o intimidación sobre estos sujetos pasivos en la realización de actividades sexuales²⁷.

La postura señalada sobre la protección de la libertad sexual cuando se proyecta sobre los sujetos pasivos violencia o intimidación en los actos de contenido sexual que se realizan con ellos es, a su vez, matizada por Morales Prats/García Albero. Así, afirman que tal planteamiento hay que concretarlo desde la perspectiva del derecho que tiene todo individuo a no ser obligado a realizar o soportar la realización de comportamientos sexuales no deseados, aceptados o no consentidos.

Es decir, según la tesis sostenida por este sector doctrinal, tal postura permite abrazar una concepción de la libertad sexual estática o negativa, o de una dimensión dinámico-

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed., 2022, p. 252.

²⁵ Señala LÓPEZ PEREGRÍN, C., *Libro homenaje al profesor*, 2021, p. 689, que, el hecho de que se haya suprimido el ámbito de aplicación de la cláusula del art. 183 quater -actual art. 183 bis- con la introducción de la modificación de la LO 8/2021, de 4 de junio, para tales delitos provoca que dé lugar a incoherencias y contradicciones de interpretarse literalmente algunos preceptos.

²⁶ La jurisprudencia asume la posibilidad de aplicar la mencionada cláusula a través de la atenuante analógica, incluso apreciada como muy cualificada, en los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias que concurren en los hechos, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez, como disponen las STSJ de Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo (Caso Arandina); STS 446/2022, de 5 de mayo; STS 672/2022, de 1 de julio. En este sentido veas; GARCÍA ÁLVAREZ,

Pastora. (2024). El debate sobre la relevancia de la cláusula del Art. 183 Quater Cp, en el caso de “La Arandina”. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (4). 51-61. GINER ALEGRÍA/ DELGADO MORÁN, (2017). Consideraciones criminológicas sobre el perfil del stalker y el acecho mediante ciberstalking. *Estudios en seguridad y defensa*, 12(24). DELGADO MORÁN, J. J. (2024). Acoso y agresión en las nuevas tecnologías: ciberacoso / ciberodio. *AlmaMater. Cuadernos de Psicosociobiología de la Violencia: Educación y Prevención*, nº 5, Dykinson, pp. 107-122.

²⁷ En esta línea argumentativa, ORTS BERENGUER. E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 227, es de la opinión que, en aquellos casos en los que se produzca violencia o intimidación sobre menores de dieciséis años para realizar actos de carácter sexual, el bien jurídico protegido es tanto la libertad sexual como la indemnidad sexual del individuo menor de la franja de edad señalada.

positiva, que ostentan los mayores de dieciséis años cuando se trata de dejarse llevar por sus apetencias, o en aquellos supuestos en los que se elige un determinado comportamiento sexual. De tal modo que, si no existiese dicha franja de edad implicaría reconocer que todo individuo menor de edad ostenta libertad sexual²⁸.

No obstante, la consideración que esgrime esta parte de la doctrina, cabe aceptarla parcialmente, pues, se le puede objetar, que en los supuestos en los que existe violencia o intimidación sobre estos sujetos pasivos para que realicen, por ejemplo, actos de carácter sexual para elaborar material pornográfico infantil, la afectación no sólo recae sobre la libertad sexual de estos individuos que se ven obligados a realizar una práctica sexual en contra de su voluntad, sino que, además, la vulneración también incide en su indemnidad sexual, ya que con tal conducta, se menoscaba el normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual, además, posibilita que sean explotados sexualmente o utilizados como objetos sexuales en el caso de las personas con discapacidad –con independencia de los posibles concursos de delitos que pudieran darse con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y que, según la regulación actual, constituirá un concurso de delitos con la agresión sexual a menor de dieciséis años-.

Asimismo, además de lo señalado, cabe añadir al argumento que acabo de señalar, que por imperativo legal la libertad sexual no la tienen reconocida cuando se trata de conductas relacionadas con la pornografía infantil.

En definitiva, la nueva modificación de 2022 en esta materia operada, mantiene, acorde con las anteriores, que cuando se habla de los delitos de pornografía infantil la previsión legislativa sigue siendo la misma protección reforzada para los sujetos pasivos. Esto es, en

el caso de un menor de edad, la libertad sexual no se le reconocerá hasta que no cumpla los dieciocho años de edad, y respecto de la persona con discapacidad necesitada de especial protección hasta que no cese su situación de discapacidad.

De ahí que, en mi opinión, el postulado reseñado por aquellos autores defensores de la libertad sexual en el Título VIII caiga por su propio peso, desde el momento en que de *lege lata*, no se reconoce válido el consentimiento libre y voluntario prestado por el menor de dieciséis años para la grabación de actos sexuales, que vayan encaminados a la elaboración de material pornográfico o para realizar espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Si como mantiene el legislador de 2022 en los tipos de injusto de pornografía infantil son los dieciocho años de edad mínima del sujeto pasivo, para así evitar incurrir en la comisión de un delito de pornografía infantil, es lógico pensar, que se sigue afianzando la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Reforzando, aún más, la tutela sobre los menores de dieciocho años de edad, pese a que, al mismo tiempo, y aun siendo contradictorio, a la vez, se les reconozca cierta autonomía en el ámbito sexual, cuando la edad sea superior a los dieciséis años. De este modo, dota de validez el consentimiento prestado por los jóvenes mayores de dieciséis años –actual art. 183 bis-.

Por ende, a la conclusión que se llega es que se manifiesta una cierta incoherencia en la regulación ofrecida en el Capítulo V del Título VIII, esto es, la diferencia de edad en el menor que se establece entre el art. 189 y demás delitos del Capítulo V. Cuestión, que ninguna de las reformas acaecidas en los últimos tiempos ha solventado a través de la

²⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. (2023). ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?.

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (1) 9-24.

unificación de la edad cronológica de los menores²⁹.

De otra parte, cabe reseñar, los problemas evidenciados por la doctrina para determinar el alcance y significado del concepto de indemnidad sexual como valor protegido. En este sentido, los significados que se ofrecen sobre la indemnidad sexual, como se observa, son variados y diferentes.

Así, Carmona Salgado considera a la indemnidad sexual como el derecho a no sufrir injerencias por parte de terceros, mediante la protección del bienestar psíquico de estos sujetos para que, de este modo, puedan desarrollar un adecuado proceso de formación en la esfera sexual. O bien, los planteamientos esgrimidos por Cobo del Rosal, Quintanar Díez o Muñoz Conde, para quienes la indemnidad sexual supone la tutela sobre el desarrollo o evolución normal de la personalidad, en aras a que cuando el menor alcance la mayoría de edad, pueda decidir libremente su comportamiento en el ámbito sexual, y en cuanto a las personas con discapacidad, no sean utilizadas como meros objetos sexuales por terceros que puedan abusar de su situación de discapacidad.

Así las cosas, si se asume la tesis manifestada por Carmona Salgado, implicaría reducir todas las conductas típicas de pornografía infantil a un sólo objeto de protección, esto es, la indemnidad sexual, que queda ceñida al derecho que ostentan los menores y personas con discapacidad a no ser explotados sexualmente.

Pues bien, de admitirse tal postulado como acertado, habría que asumir que la realización de las conductas descritas en el art. 189 producen siempre un menoscabo a la

indemnidad sexual, con independencia de si tales acciones tienen una incidencia directa o indirecta sobre el sujeto pasivo, puesto que, de todos modos, siempre se daría una afectación al bienestar psíquico o al derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros en el ámbito sexual.

En cambio, si se acepta la segunda de las tesis señaladas, como así sostengo, esto es, que la indemnidad sexual protege el normal desarrollo de la personalidad en materia sexual sin injerencias de terceros, permitiría diferenciar entre las conductas en la que se ha producido una afectación directa sobre estos individuos, de aquellas otras en las que la incidencia es indirecta.

Para ejemplificar tal postura, piénsese, en la distinción entre los supuestos en los que los sujetos pasivos son conscientes de que están siendo objeto de una grabación o fotografiados mientras mantienen relaciones sexuales o simplemente se encuentran desnudos dentro de un contexto sexual, de aquellos otros, en los que el menor está manteniendo relaciones sexuales con otro menor y el acto sexual se graba por un adulto, sin conocimiento de éstos para ser compartido posteriormente por Internet.

En este último supuesto hipotético no existe lesión o puesta en peligro de su indemnidad sexual, por cuanto que tal conducta no incide negativamente en el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual, dado que no se han percatado de que están siendo grabados o fotografiados. Pero, eso sí, ello no impide considerar que la vulneración a su intimidad sí se produce con tales acciones, lo que determina tener que aplicar el delito tipificado en el art. 197.5, o bien el art. 197.7.

²⁹ Tal incoherencia ha sido señalada por la literatura científica, así, por ejemplo, RODRIGUEZ MESA, J.M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal*, 2009, p. 338; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la reforma penal*, 2015, p. 455; GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Cuadernos Penales*, núm. 12, 2016, pp. 299-300; DE LA MATA BARRANCO, N.J., *RECPC*, 21-21, 2019, p. 47. Otra

opinión sostiene DÍAZ CORTÉS, L.M., *RDPC*, 3ª época, 13, 2015, p. 30, que justifica la prohibición de la pornografía con menores de dieciocho años, aun prestando consentimiento, no tanto en la protección de la libertad o indemnidad sexual, sino más bien en la hiperprotección que el ordenamiento jurídico otorga al honor, intimidad y a la propia imagen de los menores.

A este respecto, si se observa, parece que, con tal respuesta punitiva, el legislador confiere más importancia al ámbito de los delitos contra la intimidad cuando los sujetos pasivos son menores y personas con discapacidad, al prever como sanción una pena de privación de libertad en su mitad superior- art. 197.5- a la preceptuada en los apartados anteriores del art 197.

Mención aparte merece, el debate surgido en la doctrina en general a propósito de la hipótesis sobre una potencial lesión a la indemnidad sexual del menor de diecisiete años recién cumplidos, que mantiene relaciones sexuales habituales con su pareja y acepta un día tenerlas en presencia de varios espectadores. En el caso planteado es lógico pensar, que las relaciones sexuales comienzan a mantenerse a edades cada vez más tempranas, de este modo, sólo cabe considerar que la lesión que pueda producirse al normal desarrollo en el ámbito sexual o incluso al bienestar psíquico sería harto improbable.

Admitir el alcance de la indemnidad sexual, que he tratado de reseñar a través de los postulados defendidos por la doctrina científica, implica asumir que en materia de pornografía infantil se genera, en algunas ocasiones, y dependiendo de las conductas típicas a las que se haga referencia, la protección de diversos bienes jurídicos. O, en otras palabras, a veces, nos encontremos con conductas pluriofensivas. Y es esta la realidad que se proyecta en determinadas conductas

típicas, como así ya adelantaron, entre otros autores, Tamarit Sumalla, Díaz Maroto Villarejo o Pérez Alonso³⁰.

Al respecto, la doctrina mayoritaria mantiene que el objeto tutelado en las conductas típicas de la letra a) del art. 189.1 es la indemnidad sexual. Es cierto que en principio será la indemnidad sexual el objeto tutelado, pero tal afirmación hay que matizarla. Siguiendo el criterio mantenido por estos últimos autores, el valor protegido dependerá del modo en que el autor realice la conducta típica:

De tal forma que cabe la posibilidad de que coexistan dos bienes jurídicos protegidos dependiendo de si el menor es consciente o no de la acción que realiza el autor. Ejemplificando, aquel menor que conozca que va a ser utilizado para elaborar fotografías mientras realiza actos con connotación sexual.

Tal supuesto queda incardinado en el art. 189.1 a) dado que se está vulnerando su indemnidad sexual. De esta manera, el normal desarrollo o evolución en el ámbito sexual del sujeto pasivo queda menoscabado, con independencia de que haya prestado su consentimiento para tales prácticas. Aunque, de todos modos, como he señalado en líneas anteriores, el consentimiento que hubiese prestado se reputaría inválido para los delitos relacionados con la pornografía infantil, conforme a la cláusula del actual art. 183 bis.

Si por el contrario esas imágenes se captasen sin el conocimiento del menor, el bien jurídico tutelado afectado es la intimidad³¹, o el

³⁰ Para los autores ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 245, el bien jurídico lesionado en el art. 189.1 no es distinto a los demás delitos recogidos en el Título VIII del CP, es decir, la libertad sexual, pero además cuando se trate de sujetos pasivos menores de edad o incapaces, se añade otro objeto tutelado como es la intimidad, habida cuenta que estos sujetos no tienen la plena disponibilidad como se señala en el art. 4 de la LO 1/1996. Pese a esta afirmación descrita, ORTS BERENGUER en concreto, ha matizado su postura con el paso de los años, en el sentido de que el autor amplía el elenco de posibles bienes jurídicos afectados por las conductas típicas del art. 189, como son, además, de la

indemnidad sexual y la intimidad, la dignidad y la libertad sexual para los menores mayores de dieciséis años. ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 261.

³¹ De la misma opinión TAMARIT SUMALLA, J.L., *La protección penal del menor*, 2002, pp.131-135. Por otro lado, en la doctrina constitucional, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, ed. 15ª, 2016, p. 297, sostiene que el legislador contempla la intimidad desde la perspectiva de las «intromisiones ilegítimas» que en ella pueden producirse, poniendo el acento en el

derecho a la propia imagen³² conectada, según Morales Prats/García Albero³³, a la idea anglosajona de *privacidad*, esto es, el derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en su esfera privada³⁴. O bien la dignidad, en los términos expresados por Alonso Álamo a no ser tratado como una cosa u objeto al que degradar. Por consiguiente, de producirse tales supuestos, a mi juicio, la solución que habría de conferirse es reconocer la existencia de un concurso ideal de delitos entre el art. 189.1 a) y el art. 197.5 al tratarse de un menor de edad o persona con discapacidad, toda vez que los bienes jurídicos protegidos por una y otra norma no son idénticos³⁵.

En cambio, si se estima adecuado como valor protegido autónomo la dignidad de la persona, considerada, como el derecho a no ser tratado como un objeto o cosa, ésta sería subsidiariamente afectada respecto del bien jurídico, intimidad, y en todos aquellos otros supuestos en los que la dignidad entre en conflicto con la indemnidad sexual.

A mayor abundamiento, la trayectoria de los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo ante estos supuestos, son muy dispares. Así, por un lado, se manifiesta que, por regla general, el bien jurídico objeto de tutela en el art. 189.1 a) Cp es la indemnidad sexual, como

así resuelve la STS 796/2007, 1 de octubre (RJ 2007/397). Y de otro, la STS 803/2010 de 30 de septiembre (RJ 2010/644) haciéndose eco del debate doctrinal acerca del objeto tutelado, reconoce que es tanto la indemnidad sexual como la dignidad del menor los bienes jurídicos protegidos cuando se trata de elaborar material pornográfico.

Por su parte, en las conductas reguladas en el art. 189.1 b) a diferencia de lo que ocurre en la letra a) ya no se da una instrumentalización directa de los sujetos pasivos. Es decir, es cierto que en principio son utilizados con fines exhibicionistas o pornográficos, o incluso utilizados para elaborar material de carácter pornográfico, pero las conductas que tipifica la letra b) del art. 189. 1 son todas aquellas que se relacionan con el tráfico de dicho material y, por ende, no se ocasiona una afectación directa sobre el sujeto pasivo.

Por ello, consideramos, que el espíritu de creación de este artículo no es tanto el de proteger el bien jurídico, indemnidad sexual, sino más bien, la intimidad y dignidad de las víctimas, a diferencia del criterio que mantiene la FGE en la Circular 3/2006, de 29 de noviembre.

consentimiento prestado o no del titular del derecho, en base al art. 2.2 de la LO 1/1982.

³² El Derecho a la propia imagen, a mi juicio, es un derecho complementario al derecho al honor y especialmente del derecho a la intimidad. De hecho, en términos idénticos parece ser reconocido por la jurisprudencia constitucional en la STC 117/1994, FJ 3º) «El derecho a la propia imagen, reconocido en el art. 18.1 CE al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característico, propios e inmediatos, como son la imagen física ...». No obstante, recientemente el mismo Tribunal, y sin dejar de admitir el vínculo existente entre el derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen, plantea que, éste último tiene un contenido autónomo, STC 81/2001; en otra sentencia, sin embargo, establece que el derecho a la propia imagen regulado en el art. 18.1 CE se configura

como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, STC 81/2001, FJ 2º.

³³ Respecto a la intimidad corporal el TC sostiene que es el nivel más primario del derecho a la intimidad. Ello implica la existencia de un ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido (STC 37/1989, FJ 7º, así el derecho a la intimidad comienza con el propio cuerpo, en las zonas más íntimas de éste (STC 37/1989, FJ 7º).

³⁴ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, ed. 9ª, 2011, p. 395. Para estos autores la lesión a la imagen merece protección penal cuando va acompañada de la intimidad y una protección civil a través LO 1/1982, cuando no hay lesión a la intimidad, en *Comentarios a la Parte Especial*, 7ª ed., 2008, pp. 413 y 414.

³⁵ Esta es la solución por la que apuesta la FGE en la Consulta 3/2006.

En efecto, en la mencionada Circular se sostiene que, en el apartado b) del art. 189.1 no se salvaguarda un bien jurídico personalísimo, sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad como menor – aunque matizando tal afirmación se trata más bien de la dignidad como persona con independencia de que sea menor o no-, sancionando el tráfico de material pornográfico en el que hayan sido utilizados menores y personas con discapacidad.

De este modo, parece que se intenta evitar que la difusión por Internet del material pornográfico en el que aparecen menores de edad pueda desembocar en el fomento de la realización de conductas de pedofilia. En parecida línea argumental, se expresa la SAP de Madrid 52/2010, de 3 de febrero (RJ 69/2009) que sustenta que «...el art. 189.1 b) Cp protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia...». Por ende, lo que estimo es que en este apartado b) se tipifica un delito que resulta ser pluriofensivo, en la medida en que la afectación va destinada a dos bienes jurídicos, la intimidad y dignidad de los sujetos pasivos.

Mención aparte merece, lo que parece ser una incongruencia legislativa en lo que a consecuencias jurídicas se refiere en los apartados a) y b) del art.189.1, por cuanto que se castiga con la misma pena, la creación de material pornográfico, así como el tráfico del mismo. Esta exacerbada punición parece estar fundamentada en evitar, precisamente, que tales actividades puedan desembocar en el fomento de una difusión a través de la Red del material pedófilo.

Sin embargo, hay quienes critican establecer la misma sanción para conductas que tienen distinta gravedad. Lo que lleva a la reflexión de que para el legislador el quebrantar el principio de proporcionalidad es menos importante, que el evitar el fomento de la distribución del material pornográfico infantil a través de Internet.

3 Sujetos activo y pasivo en los delitos de pornografía infantil

Teniendo en cuenta que nada tiene sentido si no existe un sujeto a quien imputar la comisión de las conductas referenciadas a la pornografía infantil y con ello dirigir frente a él el reproche penal, en este epígrafe se estudiará, en primer lugar, la figura del sujeto activo junto con los problemas que acontecen cuando se trata de delimitar entre la autoría y la participación.

En segundo lugar, el círculo de sujetos pasivos que, tras la reforma de 2015 del Código Penal, quedó limitado al menor de edad y a la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Sobre el menor de edad, en concreto, tendremos oportunidad de observar varias cuestiones. Así, se destacan aquellas conductas de carácter sexual en las que siendo víctima del delito se produce la afectación al bien jurídico protegido, indemnidad sexual, del que es titular.

En efecto, en esta sede tratamos de determinar: por un lado, el concepto de menor de edad, que adelantamos, fue asumido por el legislador, según la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, por la asunción de las obligaciones provenientes de los textos internacionales; de otro, la determinación de la minoría de edad para prestar válidamente su consentimiento en las actividades sexuales en el que se vea involucrado –teniendo presente las modificaciones introducidas por la LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre- y, en concreto, las relativas a la pornografía infantil; qué consecuencias entraña la decisión legislativa de dispensar distintas edades en los tipos relacionados con la protección de la sexualidad de los menores; y por último, analizo, aquellos casos conflictivos para determinar la edad en la pornografía virtual, del material pornográfico infantil que provenga del extranjero o cuando su protagonista sea extranjero, junto a las consecuencias jurídicas derivadas de la utilización en plural de los conceptos que designan a los titulares del bien jurídico.

Del análisis jurisprudencial sobre los delitos de pornografía infantil, se observa, que son pocos los casos en los que la víctima de éstos es una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

A pesar de ello, es imprescindible su estudio, por dos motivos, entre otros: el primero, porque la *persona con discapacidad necesitada de especial protección* es titular junto con el menor del bien jurídico protegido, indemnidad sexual, cuya lesión o puesta en peligro se protegen a través de los delitos regulados en el Título VIII. Y, segundo, porque habrá que concretar la fundamentación de su regulación y las consecuencias, si las hubiere, que se derivan del cambio de denominación que propició la reforma de 2015 –antes de tal reforma el término empleado era incapaz-.

3.1. Sujeto activo

En principio, no cabe duda de que los delitos relativos a la pornografía infantil previstos en el art. 189.1 y sus correspondientes cualificaciones son *delitos comunes*³⁶, puesto que el sujeto activo puede ser cualquier persona³⁷ sin necesidad de que tenga alguna característica concreta o se le exija una especial cualidad.

Así, por ejemplo, cualquier individuo ya sea mayor o menor de edad, puede ser sujeto activo de la captación o utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte.

Lo mismo cabe aseverar respecto de las figuras delictivas financiar o lucrarse con las anteriores actividades. En estos dos últimos ilícitos penales tampoco se exige alguna cualidad especial para ser sujeto activo.

De igual modo, se configura como delito común cuando la acción típica consista en la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Ahora bien, la aseveración de que se configuran como delitos comunes no cabe confirmarla respecto de determinados tipos cualificados, por cuanto que algunos de ellos precisan de una especial cualidad del sujeto activo. Esto ocurre, cuando se trata de aplicar la agravación correspondiente al art. 189.2 g). Nos referimos a que para agravar la pena de cualquiera de los tipos básicos es necesario que concurran en el supuesto unas características especiales que han de darse en el sujeto activo.

Esas cualidades que exige el tipo de injusto se refieren a ser ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otra persona que conviva con él, o de otra que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad³⁸.

³⁶ STS 1055/2009, de 3 de noviembre (RJ 6828/2009).

³⁷ De igual forma se manifiestan, entre otros, CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal Español*, 2ª ed., 2005, p. 316; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, 6ª ed., 2010, pp. 238 y 239; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los Delitos contra la libertad*, 2001, p. 245.

³⁸ La LO 8/2021, de 4 de junio, ha ampliado el círculo de sujetos activos en el art. 189.2 g), por cuanto que a tenor del precepto ya no es necesario para ser considerado autor ser un miembro de la familia que conviva con la víctima –como se disponía antes de esta reforma-. En efecto, a partir de esta modificación, puede concurrir el supuesto hipotético de que el novio de la madre del menor, que convive con ellos, se dedique en ausencia de la progenitora, a realizar ciertas

Con todo, cabe reseñar que las cuestiones que se suscitan respecto de los delitos de pornografía infantil en orden a los sujetos que actúan en las conductas típicas, viene representada por el hecho de determinar el grado de imputación de cada uno de los intervinientes en estos ilícitos penales. Así, piénsese, en el supuesto de elaboración de material pornográfico en el que participan tres personas, y cada una de ellas con roles distintos. En este caso, puede que no todos los sujetos que han intervenido en la comisión del delito respondan a título de autoría, sino que sólo uno merezca tal consideración y el resto deban ser investigados a título de partícipes.

Aunque en el presente trabajo no se haya mencionado, hay que apuntar que la técnica legislativa utilizada en la redacción de los tipos relativos a la pornografía infantil se caracteriza por su amplitud en la redacción de éstos, de ahí que previamente se tenga que realizar una delimitación de las conductas típicas. Esta técnica caracterizada por su amplitud puede provocar que, en la práctica, hechos que constituyen una mera contribución sean elevados a la categoría de autor.

O, dicho de otra forma, se corre el riesgo de considerar como formas de autoría, conductas que en muchas ocasiones sólo lo serán a título de participación, por lo que la aplicación del tipo ha de ser restrictiva, pues, de lo contrario, provocaría una confrontación con el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

De este modo, las complejidades que pueden aparecer en esta sede vienen normalmente referidas a la elaboración del material pornográfico –art. 189.1 a)- y las correspondientes a la distribución del aludido

material a través de Internet –art. 189.1 b)-. En efecto, la primera de ellas relativa a las conductas de elaboración de material pornográfico –art. 189.1 a)- y, en concreto, cuando en la elaboración del material pornográfico exista un previo reparto de funciones en el trabajo, señalan acertadamente ORTS BERENGUER/ROIG TORRES que sólo podrá ser considerado autor quien pueda decidir sobre la intervención de la víctima de forma significativa, por lo que no se puede considerar como sujetos activos a quienes, por ejemplo, se encarguen de iluminar la escena o a controlar la grabación de la misma, o de alquilar el local donde se realiza y, que a lo sumo, únicamente han de ser considerados como cómplices³⁹.

Abundando en esto último, tal acción quedaría circunscrita exclusivamente para los supuestos en los que se realice una elaboración del citado material de forma directa.

Esto es, mediante la grabación en vivo de imágenes destinadas, principalmente, a la realización de películas, filmaciones, reportajes fotográficos de naturaleza pornográfica, o las imágenes captadas y emitidas en streaming⁴⁰.

Es más, a nuestro juicio, la determinación de la responsabilidad penal de un individuo puede complicarse aún más. Piénsese, en el hipotético caso de un sujeto que deja su casa para promover, clandestinamente, el que se realicen actividades de carácter exhibicionista o pornográficas con menores, las cuales van a ser grabadas, y sin que haya intervenido previamente el propietario de la vivienda en la captación de los menores. Además, podríamos imaginar que la aportación de la casa es esencial para que el espectáculo

conductas sexuales con el menor que son fotografiadas y colgadas en Twitter.

³⁹ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 130; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 263.

⁴⁰ Obsérvese, que si es el mismo sujeto el que instala la webcam y distribuye directamente a través de Internet las imágenes pornográficas o exhibicionistas captadas de las víctimas, éste responderá como autor de un delito de elaboración de material pornográfico –art. 189.1 a)- y no de distribución de dicho material –art.189.1 b)-.

pueda realizarse y llevarse a cabo la elaboración del material pornográfico.

Pues bien, en tal supuesto hipotético caben dos posibilidades. De un lado, la conducta del sujeto que promueve tal espectáculo, y aun no participando en la primera fase de ejecución del delito, es decir, la captación o utilización de menores para tales prácticas, podría considerarse bien como cooperación necesaria de un delito de captación o utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, o bien como coautoría de tal conducta –art. 189.1 a)-.

Para ser calificada como coautoría dependerá del *dominio funcional del hecho*⁴¹ que posea el dueño de la vivienda sobre lo que allí se vaya a realizar. Pues, de existir un concierto previo en el reparto de funciones, es decir, el primer sujeto ofrece la casa para que se desarrollen las actividades pornográficas y, un segundo individuo se encarga de captar a los menores para que lleven a cabo tales actividades que serán grabadas, no hay inconveniente alguno para imputar tales hechos como coautoría de un delito captación o utilización de menores para la elaboración de material –art. 189.1 a).

Sin embargo, de tratarse de una acción coyuntural, es decir, dejar la vivienda en esa única ocasión, tal conducta es posible imputarse a título de cooperación necesaria⁴² del delito de captación o utilización de

menores para la elaboración de material pornográfico infantil. Aunque, cierto es, que de todos modos a los efectos penológicos no supondría cambio alguno, pues, se aplicaría la misma pena si es considerado como coautor.

De otro, hay que subrayar que dado que las conductas de preordenación al tráfico de pornografía infantil se realizan a través de Internet, resulta más complejo técnicamente establecer la imputación de los sujetos, cuando media una organización o grupo de personas que pretende difundir dicho material -art. 189.2 f)-. Es decir, referente a los casos de publicación de material pornográfico infantil a través de Internet en los que dos o más personas se distribuyen las tareas de publicación del aludido material⁴³.

Pues bien, una vez delimitada la tarea realizada por cada uno de ellos, cabrá atribuir el tipo de responsabilidad penal concreta en atención a las actuaciones llevadas a cabo dentro de la organización o grupo criminal, responsabilizando como autores a los individuos que realicen algunas de las conductas enumeradas en el tipo.

Piénsese, en dos individuos que se reparten las tareas de creación de una página web de contenido pornográfico infantil. En este supuesto el reproche penal va dirigido a ambos individuos a título de coautores.

⁴¹ La teoría del *dominio del hecho*, en la que nos apoyamos para imputar las conductas típicas al sujeto activo, es la aplicada por el Tribunal Supremo en las Sentencias más recientes como, por ejemplo, SSTS 1229/1998, de 15 de octubre (RJ 1998/9212); 247/2006, de 18 mayo (RJ 2000/2439); 503/2008, de 17 de julio (RJ 2008/5159); 526/2013, de 25 de junio (RJ 2014/1199); sin embargo, tal teoría no ha sido la única utilizada por el Tribunal Supremo para imputar el tipo de injusto, de hecho, en otras ocasiones la postura seguida por el TS ha ido oscilando a lo largo de los años, también, desde la teoría de la *conditio sine que non* hasta la de *los bienes escasos*.

⁴² La aportación o ayuda cualificada que realiza el cooperador necesario al autor principal se estudia pormenorizadamente en varias Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se establecen unos criterios para

diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad y, que a veces, resulta ser una tarea complicada. Así, las SSTS 1190/2011, de 10 de noviembre (RJ 2012/592); 249/2018, de 24 de mayo (RJ 2018/3678); 305/2019, de 11 de junio (RJ 2019/2252).

⁴³ STS 739/2008, de 12 de noviembre (RJ 2009/167). Por otro lado, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 193, plantea que la estructura interna más frecuente de este tipo de pequeñas organizaciones que operan a través de la Red, donde la unidad mínima de sujetos participantes debe quedar conformada por dos, el primero acometería la función de compilar el material, mientras que el otro se encargaría de los aspectos informáticos como la creación de la página web, inserto de imágenes, rastreo, etc.

Abundando, si se acepta lo postulado por Orts Berenguer/Roig Torres, sólo cabe responsabilizar por cualquier otra forma de participación a los que intervengan indirectamente en el desarrollo de la acción típica, es decir, como, por ejemplo, ocurre en el supuesto del servidor o el proveedor de Internet.

Es por este motivo, que algunas voces han manifestado la posibilidad de estimar responsables de los delitos a los proveedores o prestadores de servicios de Internet en relación a los contenidos que transmiten, o que se almacenan a través de la Red. Pero, estas afirmaciones *a priori* resultan imposibles de ejecutar en la medida en que es difícil o casi imposible determinar si tales sujetos eran conocedores del material pornográfico infantil que se colgaba en sus servidores y, por ende, autores de un delito de distribución del art. 189.1 b) Cp.

Ahora bien, el hecho de que sea una ardua tarea determinar tal extremo, no impide que a los proveedores y prestadores de servicios de Internet, con independencia de que sean personas físicas o jurídicas, incurran en una responsabilidad penal a tenor de lo que preceptúa el art. 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la

información y del comercio electrónico, ya sea por acción como por omisión⁴⁴.

En este orden de cosas, si se llega a la convicción del conocimiento que los proveedores y servidores tenían sobre este asunto, cabe destacar que, esa cuestión ha quedado solventada a partir de la modificación operada por LO 8/2021, de 4 junio, pues, se introdujo un nuevo delito, el art. 189 bis⁴⁵ y que ha vuelto a ser modificado por LO 4/2023, de 27 de abril en el que se castiga tales situaciones. En efecto, el párrafo primero preceptúa la responsabilidad penal de aquéllos que, distribuyan o difundan públicamente a través de las TICs contenidos que se dirijan a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en los Capítulos II⁴⁶ y IV, en los que se encuentran los delitos de pornografía infantil. Junto al reproche penal por la realización de tales conductas típicas, el párrafo segundo de ese mismo artículo posibilita a los Juzgados y Tribunales ordenar la retirada de tales contenidos o la interrupción de los servicios que ofrezcan los mismos o el bloqueo de unos y otros cuando residan en el extranjero.

Además, la reforma de 2021 añade una nueva letra d) en el art. 189 ter⁴⁷, concretando, la posibilidad de disolver la persona jurídica,

⁴⁴ A través de sus portales o servicios se puede realizar o facilitar el tráfico de pornografía infantil de terceros, pero mientras que ese favorecimiento no sea doloso, no podrá imputárseles responsabilidad penal ni como autores ni como partícipes, salvo que hubieran tenido conocimiento del origen ilícito del material transmitido o almacenado a través suyo y técnicamente exista la posibilidad de controlar ese material. ESQUINAS VALVERDE, P., *RDPC*, núm. 18, 2006, pp. 199 y ss.; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, 2ª ed., 2002, pp. 123 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Pornografía infantil en la Red*, 2008, p. 43.

⁴⁵ A tenor de lo dispuesto en el art. 189 bis, se señala que: «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 especialmente 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». Se trata de un delito de peligro configurado como una especie de provocación a la comisión de delitos sexuales: A este respecto, señala MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., 2022, pp. 284-285, que su interpretación ha de ser restrictiva y en el que ha de exigirse que la incitación sea clara y pretenda directamente la comisión de un delito sexual, aunque esté dirigida a un colectivo.

⁴⁶ Desde la última reforma operada por la LO 11/2022, de 13 de septiembre, actualmente es el Capítulo II.

⁴⁷ El art. 189 ter d) hace referencia a que una vez demostrada la responsabilidad penal de la persona jurídica, se decretará la disolución de ésta. De este

conforme al art. 33.7 b), así como, la posibilidad de aplicar las normas contenidas en el art. 66 si fueran compatibles con tal disolución.

3.2. Sujetos pasivos

3.2.1 Consideraciones previas

Como es sabido, la reforma llevada a cabo por LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad sexual, varió la rúbrica que hasta ese momento había poseído el Título VIII, del Libro II del Código Penal. Así, actualmente se puede leer como rúbrica del mencionado Título VIII «*Delitos contra la libertad sexual*». De este modo, en nuestra opinión, el legislador actual comete el error de eliminar de la rúbrica del Título VIII el bien jurídico, indemnidad sexual. Un bien jurídico que llevaba apareciendo en la rúbrica desde que el legislador de 1999 otorgó tal previsión.

En este sentido, se hace necesario reconocer positivamente el hecho de que se haya estado mencionando de forma directa en el Título, los dos bienes jurídicos –*libertad e indemnidad sexuales*- a pesar de no haber incluido otros valores fundamentales dignos de protección. Aunque hay que reconocerle que sí, al menos, estableció la diferencia directa entre dos objetos de protección –*libertad sexual e indemnidad sexual*-, lo cual permitió hasta la fecha de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, una mejor interpretación de los tipos penales y otorgó una mayor comprensión de las peculiaridades y naturaleza de la tipificación autónoma de los delitos sexuales.

Actualmente, y como hemos visto tras la reforma de 2022 el legislador erige en la rúbrica del Título VIII de forma directa, un único bien jurídico protegido, *la libertad sexual*. Esta previsión, aunque parezca una

cuestión menor, no lo es en mi opinión, pues el legislador manda el mensaje de que el único objeto tutelado en todos los delitos que se regulan en el Título es la libertad sexual. Y ello es un error dado que existen otros bienes jurídicos que no se mencionan en la rúbrica, pero que de algún modo deben ser tenidos en cuenta para una mayor comprensión de los ilícitos penales.

Sea como fuere, el objeto tutelado viene referenciado a persona individual. En concreto, en los delitos de pornografía infantil se protege, con independencia de la nueva rúbrica establecida y de las discrepancias doctrinales existentes en cuanto a las distintas conductas típicas⁴⁸, el bien jurídico *indemnidad sexual*, cuyos titulares son los menores y personas con discapacidades necesitadas de especial protección⁴⁹.

En referencia a los menores, la última de las reformas acaecidas, esto es, LO 10/2022, de 6 de septiembre, que como hemos observado afecta de modo significativo al Título VIII, vuelve a incidir en el mismo error de las anteriores reformas –LO 8/2021, LO 1/2015, etc.-. En efecto, el legislador desaprovecha las últimas dos modificaciones, tan cercanas en el tiempo –LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre- para dar una respuesta global al asunto de la protección penal reforzada de los menores de edad para todos aquellos delitos sexuales en los que se vea inmerso como víctima.

Así, tratándose de los delitos de pornografía infantil la edad elegida por el legislador continúa siendo la de «menores de edad». Concepto que se corresponde con aquellos individuos que aún no hayan cumplido los dieciocho años.

modo, dispone que: «Disolución de la persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el art. 33.7 b) de este Código, pudiendo decretarse, atendidas las reglas en el artículo 66 bis, las demás penas previstas en el mismo que sean compatibles con la disolución».

⁴⁸ El bien jurídico que sostenemos en las conductas típicas del art. 189.1 a) es la indemnidad sexual y en la letra b) la dignidad e intimidad de la infancia.

⁴⁹ De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 23ª ed., 2022, p. 224.

Sin embargo, cuando se referencia a otros delitos como, por ejemplo, el delito de agresiones sexuales relacionados con menores (art.181)⁵⁰, *child grooming* (art.183.1) o el de embaucamiento (art. 183.2)⁵¹, la edad cronológica dispuesta para ostentar la condición de sujeto pasivo es, ser menor de dieciséis años.

Pero, por otra parte, si se observa, la referida reforma de 2022, mantiene en el actual art. 183 bis⁵² -anterior art. 183 quater- la misma edad –dieciséis años- que estableció la LO 1/2015 para considerar válido el consentimiento del menor que haya sido prestado en las actividades sexuales en las que se ha visto inmerso, siempre que el autor este próximo a la edad del menor y grado de desarrollo y madurez física y psicológica⁵³ – esto último constituye una cláusula de exclusión de responsabilidad penal del autor-.

En los delitos de pornografía infantil, cabe apreciar, en primer lugar, que el legislador

incardina como sujeto pasivo a los *menores de edad*, o lo que es lo mismo, al menor de dieciocho años en las conductas típicas del art. 189.1.

En consecuencia, la previsión establecida en el art. 183 bis no permite desvirtuar la punibilidad del autor en las conductas relacionadas con la pornografía infantil⁵⁴.

El concepto de la *minoría de edad* no presenta dificultades en cuanto a su determinación, pues coincide con el hecho cronológico de la no superación de los dieciocho años, que, por otra parte, es el límite constitucionalmente establecido –art. 12 CE- y no el de la madurez física o psicológica del individuo.

Este límite cronológico es el criterio que domina en la mayor parte de las legislaciones internacionales, si bien es cierto que existen excepciones a tal concepto en ambos ámbitos, por ejemplo, en países como Australia, Francia, etc., establecen el límite de la minoría

⁵⁰ Antes de la reforma de 2022, el contenido de este precepto se situaba en el art. 183. O incluso el actual art. 181.4, refleja como sujeto pasivo al menor de cuatro años de edad.

⁵¹ La reforma por LO 10/2022, de 6 de septiembre sitúa el tenor de ambos artículos en el 183.1 y 2, y antes de ella, se establecía en el art. 183 ter, 1 y 2.

⁵² El tenor del actual art. 183 bis dispone que: «Salvo en los casos en los que concurra alguna de las circunstancias del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física o psicológica». Abundando en esta cláusula del art. 183 bis (antes art.183 quater) la doctrina viene admitiendo que la presunción sobre la falta de validez del consentimiento de los menores de dieciséis años pasaría a tener un carácter *iuris tantum* (siempre que se den los requisitos exigidos en el propio precepto) dejando de ser *iure et de iures*, disponiendo a tal efecto que los menores de dieciséis años disponen de capacidad y voluntad necesaria para prestar un consentimiento válido. De esta opinión GARCÍA ÁLVAREZ, P., *RGDP*, núm. 20, 2013, p. 21; GONZÁLEZ AGUDELO, G, *RGDP*, núm. 34, 2020, pp.22-23; GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 536. Por su parte, la jurisprudencia mantiene la misma línea de

interpretación al significar el carácter de presunción *iuris tantum*. Así, entre otras, SAP de Logroño 169/2018, de 12 de diciembre y STSJ de Castilla La Mancha 14/2020, de 18 de marzo.

⁵³ El concepto de madurez física y psicológica fue incorporado al precepto tras la aprobación de la LO 8/2021, de 4 de junio.

⁵⁴ En cuanto al art. 183 bis –antes 183 quáter- la doctrina ha criticado, entre otras cuestiones, la ambigüedad de su redacción; la reducida aplicación de la cláusula de exclusión de responsabilidad penal del autor al no destinarse sus efectos a otros delitos contemplados en otros capítulos del Título VIII; y sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de exoneración de la responsabilidad penal, pues, se discute sobre tres alternativas: si opera como una causa de exclusión de la punibilidad, como causa de justificación, o de atipicidad. En mi caso, me inclino conforme a lo postulado por la doctrina mayoritaria, es decir, considerarla como una causa de atipicidad. En la misma línea argumentativa, entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, P., *RGDP*, núm. 20, 2013, p. 21; GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, 2015, p. 535; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M.A., en BACIGALUPO SAGESSE, S./OTROS (coords.), *Estudios de Derecho Penal*, 2016, p. 533.

de edad en edades inferiores a los dieciséis años⁵⁵.

En todo este contexto, la doctrina lleva destacando la evidente incoherencia surgida como consecuencia de las diversas edades concretadas cuando se refieren a la victimización sexual de menores, como se ha señalado en la ejemplificación *supra*. De suerte que algunas voces invocan sobre este asunto distintas opiniones. En efecto, se esgrime que o bien se trata de una técnica legislativa incorrecta que se ha llevado a cabo en las distintas reformas en el ámbito del Derecho sexual de forma asistemática, inconexas; o son distintos los objetos de protección en los diversos delitos cuyo sujeto pasivo es el menor; o se trata de un modo de entender la sexualidad en la que determinadas actividades se consideran *per se* negativas para la práctica de la sexualidad aún adulta⁵⁶.

De hecho, ninguna de las distintas Exposiciones de Motivos habidas que reforman el Título VIII del Código Penal, y especialmente la de 1999 por ser la primera que afectó al aludido Título, fundamentan con

criterio el porqué de la elección de estas edades, como señala acertadamente De la Mata Barranco.

Este autor afirma que se trata de «apelaciones genéricas, por tanto, a las ideas de dignidad, proporcionalidad, derechos inviolables, etc., sin ninguna explicación estadística, sin referencias a estudio alguno, sin aclaración de por qué unas edades y no otras. Porque lo que ha de motivarse no es que el menor merezca una protección reforzada, sino en qué casos, ante qué conductas y hasta qué momento»⁵⁷.

En segundo lugar, cabe significar que tras la reforma de 1999 del Código Penal la «minoría de edad» se fijó en los dieciocho años, tratándose de los sujetos pasivos de este tipo de conductas.

Tal medida ha desembocado en planteamientos discrepantes por parte de la doctrina que cuestionan tal decisión legislativa. Así, aparecen interrogantes tales como, qué razón hay en establecer, según se preceptúa en el Título VIII, que una persona de dieciséis años puede decidir mantener relaciones sexuales⁵⁸ y, sin embargo, no

⁵⁵ El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, o también llamado Convenio de Budapest, considera como menor a toda aquella persona de menos de 18 años, aunque deja al arbitrio de los Estados participantes fijar el límite en 16 años. Sin embargo, con posterioridad el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 hecho en Lanzarote, dispone en su art. 3 a) la delimitación de considerar a estos efectos a aquellas personas menores de 18 años. Esta modificación de la edad mínima de consentimiento sexual es llevada a cabo por el legislador español, por la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye a la DM 2004/68/JAI del Consejo de Europa. En este sentido veas; BOZA MORENO, Elena. (2023). Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización Europea. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2) 9-16.

⁵⁶ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, pp. 7 y 8; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*, 1985, pp. 23 y ss., que en principio

sostuvo que no es posible defender como bien jurídico la libertad sexual en base a que los menores transitoriamente no están en condiciones de ejercerla, posteriormente, ha cambiado de criterio.

⁵⁷ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, p. 23.

⁵⁸ Conforme a la cláusula del art. 183 bis. Respecto del precepto, como se ha adelantado en la nota a pie 599 se critica la defectuosa enunciación, como acertadamente señala ORTS BERENGUER, E., pues, como afirma este autor, no se recoge en el tenor una expresión más precisa que excluya la tipicidad. Asimismo, también se le critica el alcance limitado de la misma, lo cual, supone un error, en opinión de un sector doctrinal, al evidenciar que el legislador sigue sin ofrecer una solución global y coherente con el desajuste de edad existentes entre la diferencia de edad de consentimiento en las relaciones sexuales y a la mayoría de edad a las que se remiten, por ejemplo, los artículos 185, 186 y 189. De esta opinión, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código*, 2ª ed., 2015, p. 632; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en

puede plantearse, ni tan siquiera, formar parte en un espectáculo exhibicionista o pornográfico, o inclusive elaborar material pornográfico.

En este sentido, García Álvarez destaca la contradicción que existe en este asunto, puesto que el legislador reconoce cierta libertad sexual a los sujetos de dieciséis años para involucrarse en acciones de carácter sexual y, posteriormente, les niega la importancia de su voluntad a la hora de participar en la elaboración de material pornográfico infantil, «...protegiéndoles, incluso de la misma...».

Continúa, la autora cuestionándose «...qué pasaría si se tratasen de menores de edad que se graban, de mutuo acuerdo, mientras mantienen relaciones sexuales para después visionarlo...¿y si se tratase de un menor de edad que en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con el consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión?»⁵⁹.

En términos parecidos, De la Mata Barranco matiza que caben dos posibilidades para comprender el embrollo de la literalidad del precepto.

Por un lado, tratándose de los sujetos menores de edad del art. 189, habría que entender el término «menores de edad» como menores de edad para prestar un consentimiento válido en actividades sexuales, por tanto, menores de dieciséis años.

De otro, aunque el art. 189 designa la edad de dieciocho años del menor, cuando los sujetos tuviesen dieciséis o diecisiete años debería considerarse irrelevante penalmente tales conductas, habida cuenta que estos sujetos ya disponen de cierta libertad sexual para llevar a cabo actos de contenido sexual⁶⁰.

Con todo, a nuestro juicio y aun a riesgo de equivocarnos, la decisión legislativa de implantar en las conductas de pornografía infantil la minoría de edad en los dieciocho puede ser fundamentada en distintos motivos.

En primer lugar, el legislador atiende al artículo 12 de la Carta Magna para establecer la minoría de edad en los dieciocho años, coincidiendo así con los textos internacionales y de ámbito europeo⁶¹.

En segundo lugar, la distinción evidente que existe entre los delitos de pornografía infantil cuyo bien jurídico es la indemnidad sexual, por tanto, la protección penal va dirigida a la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual, de aquellos otros en los que participan los menores de dieciséis años en actividades sexuales, pero no se dan los requisitos exigidos en el art. 183 bis para excluir la responsabilidad penal del autor, en donde el objeto tutelado es la libertad sexual del individuo.

O, en otras palabras, nos encontramos ante situaciones en las que un sujeto de más de dieciséis años puede consentir mantener relaciones sexuales de manera libre, pero, sin embargo, se le restringe dicha potestad o se implementa una tutela aún más reforzada

MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Estudios sobre el Código*, 2015, p. 443.

⁵⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *RGDP*, núm. 20, 2013, pp. 36-37. En el mismo sentido, RAMALHO DE FABIAS, *RGDP*, núm. 15, 2011.

⁶⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, p. 57. De igual forma, RAMÓN RIBAS, E., en ORTS

BERENQUER, E./CUERDA ARNAU, M.L., (coords.), *Constitución, derechos fundamentales*, 2009, pp. 1605 y ss.

⁶¹ Aparece tal límite de edad entre otros, en el Convenio internacional sobre los Derechos del Niño de la ONU, Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest, DM 2004/68/JAI y, la Directiva 2011/93/UE.

cuando se trata de ser filmado o grabado mientras realiza esas actividades.

En consecuencia, es en el bien jurídico protegido donde radica la diferencia de instaurar una distinta edad para el menor, y ello tiene su lógica, al menos desde mi punto de vista. En efecto, mientras que la realización de actividades sexuales con un menor de dieciséis años puede constituir una actividad puntual en el tiempo entre dos sujetos, no ocurre lo mismo, por ejemplo, con el material pornográfico elaborado con menores de edad, ya que en este caso existe un mayor riesgo de difusión entre más individuos –piénsese en la distribución de esas imágenes a través de un grupo de Whatsapp-, lo que supone un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación del menor en materia sexual, o el de ser utilizado como objeto sexual en el caso de las personas con discapacidad⁶².

A pesar de nuestro intento por buscar un fundamento a su redacción, la configuración del art. 189 presenta una técnica legislativa confusa que invita al error, pues, prueba de ello es que se acude a términos poco claros, indeterminados. Como muestra de esa falta de precisión, obsérvese, como la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 habla tanto de «menores de edad, infancia», junto a la notable falta de fundamentación por parte del legislador al no explicar el por qué decide constituir el límite de los dieciocho años en las conductas típicas de pornografía infantil.

⁶² En este sentido, el legislador en las distintas reformas operadas en 2010, 2015, 2021 y 2022 no ha tenido presente lo dispuesto en el art. 3 b) de la DM 2004/68/JAI, que posibilitaba la exclusión de responsabilidad penal de la elaboración de imágenes pornográficas cuando el menor hubiere alcanzado la edad del consentimiento sexual, y mediara consentimiento entre ambos participantes en la iconografía, siempre que el uso de la misma fuere privado. Excluyéndose aquellos supuestos en los que se hubiere obtenido tales imágenes valiéndose de mayor edad, madurez, posición status, experiencia y relación de dependencia de la víctima con el autor. Como tampoco lo previsto en la Directiva 2011/93/UE, art. 8.2 que deja a la discreción de los Estados miembros

En términos parecidos, parece posicionarse De la Rosa Cortina en cuanto a la fundamentación de la minoría de edad establecida en el art. 189, al esgrimir que no existe tal contrariedad legislativa en aquellos casos en los que se permite al sujeto mantener relaciones sexuales, al tener la edad exigida para prestar consentimiento válido, y no se le permita ser sujeto en el material pornográfico que elabore mientras realiza tales acciones de carácter sexual, o incluso que se difunda tal material.

De este modo, el autor arguye, con razón, que tratándose de la posterior difusión del material elaborado en un contexto sexual, el bien jurídico protegido es la dignidad, y la seguridad⁶³ de la infancia en sentido amplio, considerados éstos como bienes jurídicos supraindividual, «...por lo que la ilicitud del hecho no desaparece porque el menor haya prestado su consentimiento para ser difundido tal material», y añade que, nuestro ordenamiento jurídico protege al menor frente a los actos dispositivos de su derecho a la intimidad y a la propia imagen en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero, por lo que se infiere que si ya queda restringida dicha capacidad al menor maduro de cualquier actuación que le pueda perjudicar, con más razón debe operar cuando la lesividad es mucho más grave «como es la de consentir la producción de material pornográfico sacrificando de una forma radical sus derechos fundamentales⁶⁴.

decidir si extienden la intervención penal «a un espectáculo pornográfico que tenga lugar en el contexto de una relación consentida por un menor que haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas a su edad y grado de desarrollo, madurez física o psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación...».

⁶³ Si bien el autor señala con acierto el bien jurídico, dignidad de la infancia, en mi opinión, el segundo de los objetos tutelados es la intimidad de la infancia.

⁶⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía*, 2011, p. 169. En términos parecidos

3.2.2 Los menores de edad como sujetos pasivos

La ilicitud de las conductas de pornografía infantil han de ser dirigidas frente a un *menor de edad*, comprendiendo por tal, a todo individuo que posea una edad inferior a los dieciocho años, con independencia de que en la realización de las conductas de pornografía infantil haya prestado su consentimiento válido y eficaz, o no, conforme al tenor literal del art. 183 bis.

Los tipos penales de la pornografía infantil se diferencian de aquellos otros tipos delictivos en los que se fija la edad de dieciséis años⁶⁵ (antes de la reforma de 2015 era los trece años) para considerar válido el consentimiento que pueda prestar en las relaciones sexuales. En este sentido, se han pronunciado numerosas sentencias, entre otras, las SSTS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495) y 803/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650)⁶⁶.

En relación a la minoría de edad se observan varias cuestiones que preocupan tanto a la literatura científica como a la jurisprudencia. Por un lado, la relativa a la acreditación de la edad del sujeto pasivo que aparece en el material pornográfico.

A este respecto, la doctrina y jurisprudencia invocan matizaciones respecto del material pornográfico que se describe en el último inciso del art. 189.1 Cp.

A saber, la representación de personas que aparentemente parezcan menores de edad, la

llamada *pornografía virtual*, analizada en el capítulo correspondiente, y que traemos a colación.

Pues bien, la iconografía no puede calificarse como pornográfica cuando en realidad la persona que parezca ser menor de edad tenga en el momento de la obtención de las imágenes al menos dieciocho años. De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*, lo que conlleva la necesidad de intentar determinar la edad real representada en la imagen. Y sólo cuando la determinación de la edad no pueda ser concretada, el material será susceptible de ser calificado como pornografía infantil.

En tales términos, la Circular FGE 2/2015 refiere que, aquel material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada, de la que no queda claro si la misma es mayor o menor de edad, sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aññados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente -art. 189.1 último inciso, letras b) y c)-.

A los efectos prácticos para acotar la edad del menor en el material pornográfico, ramas científicas como la Pediatría utilizan la denominada *Escala Tanner*, sistema cuya función consiste en identificar las fases de desarrollo en los niños que se encuentran en la fase de la pubertad, es decir, de trece a dieciocho años de edad, sin embargo, en nuestro país esta técnica no suele utilizarse. Antes al contrario, en nuestro proceso penal

CABRERA MARTÍN, M., *CPC*, núm. 21, 2017, pp. 223-256.

⁶⁵ Esta modificación de la edad mínima de consentimiento sexual es llevada a cabo por el legislador español, por la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye a la DM 2004/68/JAI del Consejo de Europa.

⁶⁶ La STS 803/2010, de 30 de septiembre afirma que: «Las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz)

y que su consentimiento es inválido al existir una presunción legal *iures et de iure* en el sentido de que «...no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considere, respecto del bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen ...».

los Jueces y Tribunales utilizan para la determinación de la prueba respecto de la utilización de menores de dieciocho años, o a menores de dieciséis, a los efectos de aplicación del subtipo agravado del art. 189.2 a) Cp, el llamado principio *notoria non egent probationem*.

Esto es, observando directamente el material y basándose en la experiencia y, el conocimiento común, cualquier adulto medio viendo unas fotografías puede advertir de que se trata de menores de edad, no siendo necesario por lo general, acudir a la localización del menor afectado ni de una pericia específica.

Como así se recoge en numerosas sentencias tanto del Tribunal Superior como de las Audiencias Provinciales, tales como las SSTs 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241) 782/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/6289) o las SSAP de Barcelona 188/2009, de 16 de marzo (JUR 2009/1232) y 35/2009, de 26 de enero (JUR 2009/417); o de Guipúzcoa 72/2009, de 26 de febrero (JUR 2009/285415); de Madrid 374/2010, 17 de diciembre (JUR 2011/77860).

De otro, también cabe destacar los pronunciamientos de la doctrina en cuanto al asunto referido al material pornográfico que proviene del extranjero y el menor protagonista también lo sea.

Para un sector de la doctrina no debería incluirse en la conducta descrita en el art. 189 Cp el material elaborado con personas, que según la legislación de su país, haya alcanzado la mayoría de edad, aunque dicha mayoría de edad no esté reconocida en nuestra legislación penal⁶⁷.

Otras voces se suman a tales disertaciones, pero pronunciando otro criterio distinto al anterior.

En efecto, que el delito del art. 189 será cometido tanto en su modalidad de distribución como el de la simple posesión cuando las conductas se cometan en España, aun cuando el material pornográfico se haya elaborado en un país en el que la conducta sobre los menores sea atípica⁶⁸.

Otro de los asuntos planteados por la doctrina por cuanto puede inducir a error, es el referente a la utilización de los sustantivos en plural «*menores de edad*» y «*personas con discapacidad necesitadas de especial protección*» incluidos en la redacción del art. 189.1 a).

Atendiendo a una interpretación literal del precepto podría pensarse que la conducta típica debe recaer sobre una pluralidad de víctimas (menores de edad o personas con discapacidad) para considerarla como típica.

Pero, cabe apreciar que, si consideramos como objeto tutelado la indemnidad sexual y, siendo este bien jurídico individual, habrá tantas infracciones como víctimas se capten o se utilicen para un espectáculo exhibicionista o pornográfico o para la elaboración del material pornográfico⁶⁹.

Si no referimos a los hechos típicos que se describen en el art. 189.1 b) la cuestión varía. Así, cuando el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, no ataca al bien jurídico individual de cada menor, sino que, en mi opinión, la afectación va dirigida contra la intimidad y la dignidad de la infancia en

⁶⁷ Opinión ofrecida entre otros por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico* 2005, p. 188; ORTS BERENQUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 130.

⁶⁸ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil*, 2011, p. 51.

⁶⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 539.

abstracto⁷⁰, lo que se traduce en apreciar un solo delito⁷¹.

A este respecto, la STS 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/7297) asevera que «...el bien jurídico protegido en este art. 189.1 b) es de carácter plurisubjetivo y colectivo⁷², en el que legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puedan fomentar las prácticas pedofalias sobre menores concretos.

El consentimiento del menor en las conductas relacionadas con la pornografía infantil es irrelevante, pues, como ya se ha afirmado *supra*, los menores de dieciocho años carecen de capacidad para consentir un acto pornográfico en el que se vean inmersos y, no cabe apreciar la cláusula del art. 183 bis.

Así, la Consulta de la FGE, 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, sostiene que los tipos referentes al art. 189 Cp tienen en común, conforme a nuestro Derecho, que los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a la utilización por terceros con fines pornográficos, por lo que se tiene por irrelevante el consentimiento prestado por el menor para intervenir en este tipo de material, aun cuando tal consentimiento se haya prestado válidamente para la realización

de las relaciones sexuales que hubieren tenido lugar.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia estima tal criterio de la irrelevancia del consentimiento prestado por el menor de edad en diferentes sentencias que son claramente proclives a su irrelevancia, como se invoca en la STS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495) que se expresa en los siguientes términos: «...el bien jurídico protegido por este delito no es otro que la indemnidad sexual de los menores, es decir, su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que esta es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo que es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas»⁷³.

⁷⁰ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, reconoce a la infancia, incluyendo en tal concepto a todos los niños, niñas y adolescentes, como sujeto de derecho. En base a tal consideración, es por lo que, a mi juicio, cuando se trata de la realización de los ilícitos del art. 189.1 b), y sólo en estos supuestos, se protegen bienes jurídicos con una proyección supraindividual, aunque, como bien es sabido, tanto la intimidad y la dignidad se constituyen como bienes jurídicos individuales.

⁷¹ La misma opinión parece desprenderse en la Consulta 3/2006 de la FGE cuando matiza que, cuando el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, no se ataca al bien jurídico individual del menor, sino «a la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto».

⁷² CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos*, 2002, p. 115, afirma esta autora que

conceptualmente el delito plurisubjetivo o de participación necesaria -en nuestro caso, el art. 189.1 b) Cp- debe quedar vinculado a la tipicidad de algunos delitos que necesariamente exigen, expresa o implícitamente, para su realización la intervención de dos o más sujetos, con independencia de que sólo alguno de ellos esté conminado penalmente; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., p. 243, establecen que en los delitos plurisubjetivos, el tipo exige la concurrencia de varias personas autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como ocurre en los supuestos de las figuras delictivas reguladas en la letra b) del art.189.1 Cp.

⁷³ Igualmente, la SAP Barcelona, 381/2009, de 14 de abril (ARP 2009/1080), asevera que el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante.

3.2.3 Las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como sujetos pasivos

El tratamiento penal actual de las personas con discapacidad se recoge en el art. 25⁷⁴ del Código Penal desde la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo –antes el término utilizado era “incapaz”⁷⁵–.

La modificación de la que fue objeto el art. 25 Cp venía prevista en el Anteproyecto de octubre de 2012, precepto que en su redacción fue muy similar al finalmente aprobado, salvo en dos diferencias: por un lado, en la definición que se hacía del concepto de discapacidad exige que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales lo fueran «a largo plazo» -en lugar

de *permanentes*, como ahora recoge el artículo-; y en segundo lugar, se requiere que dichas deficiencias puedan impedir la participación en sociedad, en lugar de la forma más amplia contenida en la redacción aprobada, y que se refieren a que las deficiencias «puedan limitar o impedir» esa participación⁷⁶.

La aprobación de la LO 1/2015, consideró que dichas personas debían ser objeto de una protección penal reforzada y que, en todo caso, los conceptos que ya se recogían en el CP del 95 habían de adaptarse a la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006⁷⁷.

⁷⁴ «Art. 25: A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entiende por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

⁷⁵ Para la doctrina mayoritaria el anterior concepto “incapaz” recogido en el art. 25 Cp, se correspondía básicamente con el art. 200 Cc, y aunque en el ámbito penal no fuera precisa la previa resolución judicial civil de incapacidad, sino que había de atenderse a si su situación material justificaba tal calificación a los efectos penales, entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 276; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUANCA, M., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, R., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 2007, p. 374; GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODAS, J./GARCÍA ARÁN, M., (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2011, p. 327.

⁷⁶ Respecto del Anteproyecto de octubre de 2012, el CGPJ no se planteó objeciones en su Informe. Sin embargo, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado mostraron sus críticas. Así, el primero de ellos señaló que la nueva redacción del artículo 25 Cp adolecía de

una amplitud desmesurada y no deseable que no diferenciaba entre las deficiencias físicas, de las mentales y las sensoriales, y que eran de enorme importancia dada la variedad de tipos penales en los que la discapacidad constituye una agravación de la conducta. Asimismo, este Órgano expresó su preocupación sobre los problemas que pudieran surgir con su interpretación, lo que supondría un perjuicio derivado del afán que perseguía la reforma, que no era otro, que dotar de especial protección a los discapacitados. Por su parte el Consejo de Estado, criticó la definición de discapacidad ofrecida por considerarla rebuscada, manifestando que el concepto penal de persona con discapacidad o incapaz había de ser adecuado a las finalidades de tutela penal reforzada que en el ámbito penal se dan a este grupo de personas, y que por tanto el CP puede utilizar las definiciones que más le convenga para ello, sin necesidad de reproducir la definición dispensada en el art. 1 de la Convención de la ONU, de 13 de diciembre de 2006. Y, por último, señaló que la modificación proyectada al art. 25 Cp, era una cuestión puramente terminológica, y que no tendría que afectar a la interpretación que se haga de los preceptos que afecten a este grupo de personas.

⁷⁷ La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, tiene como pretensiones: «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» e incluye a «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación

El mencionado texto internacional, aprobado por Unión Europea mediante la Decisión Marco 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»⁷⁸.

En lo que interesa al ámbito nacional, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, justifica la reforma del art. 25 Cp manifestando que «el CP anterior a la reforma se refería impropiamente a *minusvalía* o a *incapaces*, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y que debe sustituirse por los términos más adecuados de *discapacidad* y de *personas con discapacidad necesitadas de especial protección*». Asimismo, se justificó el cambio de la terminología utilizada, según se desprende de la propia Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica, en actualizarla a la previsión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Esta tutela penal que se refuerza para este colectivo dentro del marco de la Convención

de la ONU de 2006, permite que se pueda emplear una terminología más adecuada a las exigencias sociales, y la posibilidad de adecuar e incorporar en nuestro Código Penal, qué se debe entender por *discapacidad*, o por *persona con discapacidad necesitada de especial protección*.

Pues bien, de la definición prevista por el legislador se desprende que las personas con discapacidad configuran un colectivo muy heterogéneo con unas necesidades muy distintas. En este sentido, parece difícil encontrar una conexión entre una persona que presenta una discapacidad motora y otra con una falta de madurez mental y ello desemboca en que no se pueda generalizar una misma tutela o el mismo reproche penal. De ahí, que se establezca una doble referencia en el art. 25 Cp, distinguiendo entre personas con discapacidad y personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

De este modo, sólo se identifica como personas necesitadas de especial protección a aquellos sujetos que cuentan con una deficiencia intelectual o mental, de manera que requieran por ello de asistencia o apoyo para tomar decisiones sobre su propia persona. Mientras que cuando se alude al término persona con discapacidad, de forma genérica, se pretende englobar a todas las personas con discapacidad⁷⁹.

Si se observa, en el Código Penal se prevén tipos penales autónomos y tipos agravados en atención a la discapacidad que ostentan los sujetos pasivos. Así, aparecen en el texto legal

plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», <http://www.org/esa/socdev/enable/documents/tcon vs.pdf>.

⁷⁸ Ello, en la línea de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315/57.

⁷⁹ TAPIA BALLESTERO, P., *Papeles. El tiempo*, núm. 17, 2018, p. 2, manifiesta que: «tal diferenciación proviene

de que no todas las personas requieren idéntica tutela porque, en atención a la clase de discapacidad que se presente, será necesario una protección mayor o no, o el comportamiento del sujeto activo será más o menos reprochable por aprovecharse o no de dicha discapacidad». Por otra parte, para esta autora se incluyen en el concepto de personas discapacitadas necesitadas de especial protección aquellos sujetos que poseen una anomalía psíquica –siempre que ésta sea permanente- y aquellos otros que tengan una alteración en la percepción desde la niñez o por nacimiento de forma permanente.

hasta tres formas diferentes para referirse a la discapacidad como elemento que ha de estar presente a la hora de configurar el tipo o bien en la determinación de la pena. En efecto, se menciona a la discapacidad, de manera genérica, como circunstancia sospechosa de discriminación; a las personas discapacitadas necesitada de protección y a la discapacidad.

Así, por ejemplo, cabe destacar el apartado cuarto del art. 22 Cp -con su nueva redacción LO 10/2022, de 6 de septiembre⁸⁰- incluido dentro de las circunstancias agravantes genéricas, referencia a las causas antidiscriminatorias a través de un catálogo en el que se aprecia la discapacidad.

Siguiendo con el tratamiento que se dispensa a las personas con discapacidad como sujeto pasivo, llama poderosamente la atención como en el texto legal se equipara a las personas necesitadas de especial protección con los menores. Esto ocurre en numerosos preceptos del Código Penal, así en el ámbito del derecho sexual se traen como ejemplos,

los artículos 185, 186, 188 y 189. Lo que permite deducir que, para el legislador ambos colectivos son más indefensos y, además, ninguno de ellos cuenta con la madurez suficiente para comprender la transcendencia de determinados actos⁸¹.

Con todo, de la lectura del precepto, se observa, que el concepto de *discapacidad* será el término principal y el de *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, habrá de ser comprendido como un término específico, éste último, creado a propósito para el ámbito penal, según postula Martínez Garay⁸², tal concepto no aparece en la Convención de la ONU de 2006, ni en Derecho Administrativo⁸³.

En lo concerniente a los requisitos que ha de reunir el concepto de discapacidad se encuentran: 1) *Deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*. Aquí se sustituye la referencia que se hacía antes en el art. 25 Cp a «enfermedad» por la de «deficiencias», ampliándose con ello el concepto, y por ende,

⁸⁰ Apartado redactado conforme a LO 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁸¹ Pero también constituyen circunstancias agravatorias, por ejemplo en los delitos contra la vida e integridad física y tiene sentido, pues, el legislador identifica a las personas con discapacidad necesitadas de protección con aquellos sujetos que requieren «de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente», según dispone el art. 25. TAPIAS BALLESTERO, P., *Papeles. El tiempo*, núm. 20, 2018, pp. 8 y ss., que la inclusión en el texto legal del término personas con discapacidad y, además, el de *víctimas especialmente vulnerables* y se pregunta cuál es el matiz diferenciador entre ambas expresiones, dado que el art. 25 no recoge en su tener ninguna referencia que aclare qué comprende este último término. En opinión esta autora, se alude, en general, a colectivos que, bien por sus propias características, o bien por la clase de delitos de la que han sido objeto, se encuentran en una situación de desvalimiento «y son potencialmente susceptibles de ser víctimas y, además, resulta más

sencillo que sean objeto de una doble victimización o victimización reiterada, o/y objeto de intimidación por parte del sujeto activo o de sus colaboradores».

⁸² MARTÍNEZ GARAY, L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 134.

⁸³ Aunque el Consejo Fiscal en el Informe del Anteproyecto de Ley de 2012, afirmaba que dicha definición deriva de la preceptuada en el art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Protección de la Autonomía Personal y en Atención a las Personas en situación de dependencia. Esta afirmación no es del todo correcta, pues existen diferencias entre ambos textos, habida cuenta, que en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el estado de dependencia se caracteriza por la necesidad de ayuda, y la misma es necesaria para realizar las «actividades básicas de la vida diaria», o bien para la «autonomía personal». Sin embargo, el art. 25 Cp cuando define a la persona discapacitada necesitada de especial protección, se le atribuye una orientación más jurídica, cuyo denominador común es que se necesita la asistencia para el ejercicio de la capacidad jurídica, esto es, capacidad de obrar en Derecho, para decidir válidamente realizar actos o negocios con eficacia jurídica, aunque igualmente se refiere en general el artículo 25 Cp, a la «toma de decisiones sobre su persona, derecho o intereses».

excluyéndose que cualquier discapacidad pueda ser considerada como enfermedad, por lo que la discapacidad puede tener distintas naturalezas, y que no tienen por qué ser considerada como enfermedad⁸⁴. 2) *Permanencia*, esta característica no fue prevista por el anterior art. 25 Cp, aunque la jurisprudencia ya la tenía en cuenta⁸⁵. 3) *Limitación o impedimento para participar en la sociedad en igualdad de condiciones*. Este requisito, se refiere a la vulnerabilidad, entendida como desigualdad, que debe ser tratada con especial protección, y en consonancia con el principio de igualdad material que se recoge en el art. 9.2 CE⁸⁶.

En el párrafo primero del art. 25 Cp se observa que, a pesar de la actualización de los conceptos por las demandas sociales, ello no comporta un nuevo reconocimiento a este grupo de personas, pues, su especial protección ya se dejaba deducir con anterioridad a la modificación realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁸⁷, sino que, más bien estamos ante un cambio de denominación para adecuarse a lo fijado en los instrumentos normativos.

En definitiva, podemos concluir que el párrafo primero del art. 25 Cp cuando define el concepto de discapacidad (concepto más

cercano a minusvalía) ya no habla de enfermedad sino de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que constituyen expresiones mucho más amplias.

Centrándonos en su párrafo segundo que es el que interesa en aras al análisis de nuestro trabajo, habida cuenta que el art. 189.1 CP recoge en su redacción a *persona con discapacidad necesitada de especial protección*. Con la nueva redacción del párrafo tras la reforma de 2015, se observa, que el cambio más significativo se origina en la descripción de las deficiencias que dan lugar al concepto de persona discapacitada necesitada de especial protección. Y ello es posible, porque con este término se alude al equivalente del antiguo incapaz, es decir, que sólo puede aplicarse actualmente, a aquellos discapacitados que tengan una necesidad de apoyo para la toma de decisiones, o el ejercicio de la capacidad jurídica a causa exclusivamente, como señala el meritado párrafo, de sus «deficiencias intelectuales o mentales» de carácter permanente⁸⁸.

Por último conviene subrayar, que a nivel europeo en la mayor parte de las legislaciones penales de los países miembros, así como Convenios y Tratados Internacionales mencionan exclusivamente a los menores de

⁸⁴ Ya en el anterior art. 25 Cp, el término enfermedad se incluían las deficiencias físicas y psíquicas.

⁸⁵ SAP Madrid 443/99, de 29 de septiembre (ARP 1999/4439).

⁸⁶ El principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal del Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. O, dicho de otro modo, consiste en tratar por igual lo que es esencialmente igual, y lo que es esencialmente desigual se ha de tratar desigualmente, CARMONA CUENCA, E., *REP*, 1994, p. 265.

⁸⁷ En nuestra opinión, más bien estamos ante una precisión conceptual ya existente, conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la que como se señala en

la Disposición Adicional Octava de la meritada Ley, «las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos persona con discapacidad o personas con discapacidad para denominarlas».

⁸⁸ Por el contrario, para MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V., en CORDOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., (dirs.), *Comentarios al Código*, 2015, p. 160, la modificación del párrafo segundo del art. 25 Cp es sólo aparente, toda vez que para estos autores requerir de apoyo o asistencia es sintomático de que no tienen capacidad para «gobernar su persona o sus bienes», y que, tras la modificación efectuada, ahora se define como «ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones».

edad como sujetos pasivos de estos delitos, habida cuenta de la escasa importancia cuantitativa a efectos prácticos de este tipo de víctimas en materia de pornografía, teniendo presente a su vez, que el legislador con la redacción de la figura delictiva del art. 189.1 a), viene refiriéndose a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que no ostentan la minoría de edad, por tanto referenciados a los mayores de edad⁸⁹.

Por otra parte, lo largo del estudio realizado sobre el asunto que ocupa el presente trabajo, tan sólo se ha podido hallar una primera sentencia. Se trata de la STS 287/2022, de 3 de marzo (RJ 1093/2022) sobre el delito de pornografía infantil del art. 189.1 siendo el sujeto pasivo una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4. CONCLUSIONES

Los delitos de pornografía infantil que analizamos en el presente trabajo, a saber, los tipos básicos –art. 189.1 a) y b)- así como sus tipos cualificados –art. 189.2 y 3- se clasifican como *delitos comunes*. Ello significa, que la condición de sujeto activo en las modalidades típicas descritas, la puede ostentar cualquier persona sin necesidad de que ésta tenga alguna característica concreta o que se le exija una especial cualidad.

Ahora bien, no ocurre lo mismo cuando se trata de la aplicación de determinados tipos cualificados, pues en estos casos, la previsión del legislador es que precisan de una especial cualidad para ser considerado sujeto activo del delito, como así sucede, como es sabido, en el art. 189.2 g) y, que tras la reforma operada por LO 8/2021, de 4 de junio, ha visto ampliado el catálogo de sujetos activos.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar en relación con el sujeto activo, la cuestión suscitada en torno a esta figura abarca facilitar la determinación del grado de imputación, a fin de poder concretar el reproche penal que se dirige frente a él. En efecto, la problemática sobre este asunto viene motivada por las complejidades que presenta la configuración dispensada a los delitos de pornografía infantil. De esta manera, los preceptos que regulan las conductas típicas muestran una amplia variedad de verbos típicos que resultan, a veces, repetitivos y confusos, además, de una redacción demasiado amplia.

Todas estas características de tipificación, precisamente, no es que ayuden demasiado a la tarea de determinar el grado de imputación en los sujetos activos, sino que, por el contrario, hacen que aumenten las dificultades cuando se inicia la labor de establecer la responsabilidad penal de éste.

De hecho, tal y como están redactados los tipos originan mucha más confusión por cuanto que los límites entre autoría y participación no resultan demasiado nítidos y, por consiguiente, pueden causar la vulneración del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

A propósito del sujeto pasivo, menor, el legislador de 2022 desaprovecha la reforma llevada a cabo para dar definitivamente una respuesta global al asunto de la disparidad de edades cuando se trata de la victimización sexual de éstos. Pues, como es sabido, la tutela reforzada que se le dispensa en el Título VIII discrimina entre edades y al tipo al que vaya referenciado.

Aunque, en principio, podría pensarse que tal disparidad en la regulación de la edad del

⁸⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho Penal y Criminología*, 2006, pp. 713 y ss., señala lo inoperante en la práctica de la previsión y el inexistente mercado real de esta clase de material de adultos incapaces, añadiendo a esta manifestación «...que además existen pocas posibilidades de probar el dolo del autor en torno

a este elemento». De hecho, en los Códigos Penales de Francia e Italia tales personas no aparecen como sujetos pasivos en las conductas típicas de pornografía infantil.

menor, no solventada en ésta ni en anteriores modificaciones del Código penal, no tiene sentido, a mi juicio, sí presenta una cierta lógica. Pues, piénsese, en un menor de dieciséis años que realiza una actividad de contenido sexual con otra persona próxima a su edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica. En ese supuesto, cabe la posibilidad de que esa relación sexual resulte ser puntual en el tiempo entre ambos individuos.

Sin embargo, no sucede lo mismo con las actividades relacionadas con la pornografía infantil. Pues, piénsese, en ese mismo menor que participa en un espectáculo exhibicionista o pornográfico o que se elabore un material sexual de él. En estos supuestos la afección a su indemnidad sexual resulta ser clara, por cuanto que tal acción repercute en su normal proceso de formación sexual. Además, existiría el riesgo de difusión a otras personas, lo que produciría un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación en la esfera sexual del menor, además, de la afectación a su intimidad, dignidad y derecho a la propia imagen.

En el supuesto de personas con discapacidad necesitadas de especial protección lo que se persigue tipificando las conductas constitutivas de pornografía infantil es evitar que sean utilizados como objetos sexuales, pues se comprende que, aun prestando su consentimiento, éste se considera viciado.

Ilustrativa resulta ser la STS 287/2022, de 23 de marzo (RJ STS 1093/2022) a propósito del caso de la condena a un sujeto por la comisión de dos delitos continuados de abuso sexual junto con un delito de pornografía infantil por utilización de una de sus víctimas para la elaboración de material pornográfico infantil. La cual viene a decir que:

«...No es que se excluya la posibilidad de que mantengan relaciones sexuales, lo cual constituye un derecho que incuestionablemente no puede ser negado, sino que se prohíben las relaciones sexuales llevadas a cabo abusando de su enajenación, instrumentalizando ésta.

Como expresa la STS 821/2007 de 18 de octubre “lo que caracteriza esa modalidad típica es que la víctima no presta un verdadero consentimiento, valorable como libre ejercicio de la libertad sexual (STS 1943/2000 de 18 de diciembre) y que el autor logra obtener de ella un consentimiento no valorable como tal, debido al patente déficit de conciencia del alcance de los propios actos, motivador de una objetiva incapacidad para conducirse sexualmente con autonomía (STS 222/2007, de 23 de marzo)”...».

En definitiva, cabe concluir que el consentimiento libre prestado por el menor de dieciocho años de edad para la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pedófilo se considera *per se* irrelevante, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de las conductas sexuales llevadas a cabo por menor de dieciséis años, pues, como se ha visto, en virtud de la cláusula del art. 183 bis se permite cierta libertad sexual y, por ende, la exclusión de responsabilidad penal del autor si se dan los requisitos que en ella se dictaminan, conforme a la nueva regulación dada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

De ese modo, el legislador distingue dentro de la protección reforzada que les otorga a estos sujetos, una cierta libertad sexual a los menores de dieciséis años, pero no la prevé cuando éstos se ven inmersos en actividades consideradas de pornografía infantil.

Como consecuencia de tal disparidad en la edad cronológica cuando son sujetos pasivos en determinados delitos sexuales, la doctrina, acertadamente, aboga por el establecimiento de una edad común en todas aquellas figuras típicas de ámbito sexual en las que los menores sean víctimas.

Finalmente, respecto del otro sujeto pasivo del delito de pornografía infantil, la persona con discapacidad necesitada de especial protección, es un término que aparece en el art. 25.2 Cp. Pues bien, a mi juicio, el término actual resulta equivalente al anterior – incapaz-, si se comprende como incapaz como

aquella persona que necesita un apoyo para la toma de decisiones o para el ejercicio de su capacidad jurídica a causa, como el propio precepto señala, de las deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente que presente el individuo.

Aunque, cabe destacar que la reforma de 2015 describió una locución más amplia que el anterior.

No obstante, sucede que, como ha señalado Tapias Ballesteros, el término es complejo de delimitar cuando hay que distinguirlas con las personas especialmente vulnerables por razón de discapacidad⁹⁰.

Referencias

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes., (2011). Derecho penal y dignidad humana. De la intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 12.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel. Ángel., (2008). *Pornografía infantil en la Red: fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*, UBIJUS Editorial.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel. Ángel., (2004). “Art. 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BOZA MORENO, Elena. (2023). Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización Europea. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2) 9-16. <https://doi.org/10.46661/respublica.8045>.
- CABRERA MARTÍN, Myriam.,(2017). “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”, *Cuaderno de Política Criminal*, 2a época, núm. 121. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gnr5>
- CABRERA MARTÍN, Myriam., (2019). *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*. Dykinson.
- CARMONA CUENCA, Encarnación., (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994.
- CARMONA SALGADO, Concepción.,(2005). “Delitos contra la libertad sexual (II)” en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2a ed., Dykinson.
- CARUSO FONTÁN, Viviana., (2011). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, núm. 28.
- CARUSO FONTÁN, Viviana., (2019). Normalización VS perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, *Revista Penal*, núm. 43.
- CARUSO FONTÁN, Viviana, POMARES CINTAS, Esther y GARCÍA ÁLVAREZ. Pastora. (2024). Introducción al monográfico especial sobre “Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, también conocida como Ley del ‘solo sí es sí’”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 9-11. <https://doi.org/10.46661/respublica.10308>.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar., (2002). *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002
- COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTAMAR DÍEZ, Manuel. Francisco., (1999). “Artículo 189”, en COBO DEL ROSAL, Manuel., *Comentarios al Código Penal. t. VI*, Dykinson, Madrid, 1999.
- COLMENERO MENÉNDEZ de LUANCA, Miguel., (2007). “Art. 25”, en CONDE-

⁹⁰ TAPIAS BALLETEROS, P., *Papeles. El tiempo*, núm. 17, 2018, p. 8.

- PUMPIDO TOURÓN, R., (dir.), *Comentarios al Código Penal, t. I*, Bosch.
- DELGADO MORÁN, Juan. José. (2024). Acoso y agresión en las nuevas tecnologías: ciberacoso / ciberodio. *AlmaMater. Cuadernos de Psicobiología de la Violencia: Educación y Prevención*, nº 5, Dykinson, pp. 107-122. <https://doi.org/10.14679/3315>
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto.,(2019). Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 21.
- DE LA ROSA CORTINA, José. Miguel., (2011). *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales y procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch.
- LIZ RIVAS, Lenny & DELGADO MORÁN, Juan. José. (2022) Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia., (2006). El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art.189.2): razones para su destipificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminológico*, 2a Época, núm. 18.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. Gustavo., (2006). “La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal, Estudios en homenaje del Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson.
- FERNÁNDEZ VIDAL, Josefa. (2024). La violencia sexual: factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4) 104-17. <https://doi.org/10.46661/respublica.9523>.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora., (2013). El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de la LO de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2024). El debate sobre la relevancia de la cláusula del Art. 183 Quater Cp, en el caso de “La Arandina”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 51-61. <https://doi.org/10.46661/respublica.10268>.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes., (2011). “Art. 25”, en CORDOBA RODAS, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes., (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- GINER ALEGRÍA, Cesar. Augusto., & DELGADO MORÁN, Juan. José. (2017). Consideraciones criminológicas sobre el perfil del stalker y el acecho mediante ciberstalking. *Estudios en seguridad y defensa*, 12(24), 19-35. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.250>
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas., (2003). *Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. I*, traducción OLMEDO CARDETE, Miguel Domingo., 5a ed., Comares.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen., (2022). “Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil”, en *Libro homenaje al Profesor Luis arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, Boletín Oficial del Estado. <https://doi.org/10.46661/respublica.8051>
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. (2023). ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1) 9-24. <https://doi.org/10.46661/respublica>
- LUQUE JUÁREZ, José. María, & LIZ RIVAS, Lenny, (2021) Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en;

- “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica”. Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- LUZÓN PEÑA, Diego. Manuel., (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitas, S.A
- MARTÍNEZ GARAY, Lucia., (2015). “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José. Luis., (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2a ed., Tirant Lo Blanch.
- MIR PUIG, Santiago y GÓMEZ MARTÍN, Víctor., (2015). “Art. 25”, en CORDOY BIDASOLO, Mirentxu. y MIR PUIG, Santiago., (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch.
- MORALES PRATS, Fermin y GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel., (2011). “Artículo 186” en QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español, t. I*, 9a ed., Aranzadi.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David. Lorenzo., (2005). *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet*, Dykinson.
- MORÓN LERMA, Esther., (2002). *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, 2a ed., Aranzadi.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes., (2019). *Derecho Penal. Parte General*, 10a ed., Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos., (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique., en GONZÁLEZ CUSSAC, José. Luis., (coord.), (2019). “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales III: Exhibición y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores”, *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 6a, Tirant lo Blanch.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Josep., (2015). *Derecho penal español, Parte Especial*, 7a ed., Atelier Dykinson.
- ROXIN Claus., (2006). *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 2a ed. alemana, traducción por LUZON PEÑA, Diego. Manuel., Thomson Civitas.
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, José. Eduardo., (2015). “Delitos contra la libertad sexual (I y II)”, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, ed. 2a, Dykinson, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio., (1996). “Art. 25”, en VIVES ANTÓN, Tomas. Salvador., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch.
- SANTANA VEGA, Dulce. María., (2008). “Protección Jurídico-Penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PALAREA, María. Dolores y /SANTANA VEGA, Dulce. María., (coords.), *Marco Jurídico Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus.
- TAMARIT SUMALLA, Josep. María., (2015). “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo., (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi.
- TAPIAS BALLESTERO, Patricia., (2018). “Tratamiento de las personas con discapacidad en el Código Penal”, *Papeles. El tiempo de los Derechos*, núm. 17.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. María., (2019). “Pederastia y pornografía” en RODRÍGUEZ MESA, María. José., (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Aranzadi.
- TRAPERO BARREALES, María. Anunciación., (1998). “El concepto de incapaz en el Código Penal”, *Sentencias del TSJ, AP, y otros Tribunales, Índice Anual (vol. 5)*, Aranzadi.