

## LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES EN LA ESFERA SEXUAL A LA LUZ DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABUSO SEXUAL

María Marta GONZÁLEZ TASCÓN<sup>1</sup>

Profa. Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo principal conocer en qué medida la entrada en vigor en nuestro país del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 2007 haría necesaria la modificación de nuestra legislación penal sobre el particular. A tal fin se realiza una visión general del contenido del convenio, se estudian las medidas de naturaleza penal que el convenio exige sean adoptadas por los Estados Partes y se comparan con las previstas en nuestra legislación nacional.

**Palabras Clave:** explotación sexual, abuso sexual, protección de menores, Derecho penal español, Consejo de Europa

**Abstract:** The main aim of the present article is knowing to what extent the fact that the Council of Europe Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse has entered

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca dentro de la actividad investigadora desarrollada con motivo del proyecto de investigación «Determinación y fórmulas de control de la conducta antisocial y delictiva relacionada con la infancia y adolescencia como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación» (DER 2008-05588/JURI), dirigido por el Prof. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo.

into force in our country would make necessary the reform of our criminal law. For this purpose a general revision of the contents of the Convention is done and the penal measures that the Parts States have to adopt are analyzed in detail. Afterwards they are compared with the ones that are established in our national criminal law.

**Keywords:** sexual exploitation, sexual abuse, protection of children, Spanish criminal Law, Council of Europe

## 1. Introducción

El 1 de diciembre de 2010 adquiriría vigencia para España el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n.º. 201), hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, cuya entrada en vigor con carácter general se había producido el 1 de julio de 2010<sup>2</sup>. Pocos días más tarde, el 23 de diciembre, cobraba eficacia jurídica la reforma del Código penal aprobada por LO 5/2010, de 22 de junio<sup>3</sup>, entre cuyos objetivos se encontraba, una vez más, el relativo a la mejora de la protección penal de las víctimas, especialmente de las más desvalidas, de los delitos sexuales. A este fin se menciona expresamente en la Exposición de motivos de esta ley la necesidad de transponer al derecho interno la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>4</sup>, omitiéndose, sin embargo, cualquier referencia al citado convenio de ámbito regional<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Cierta-

---

<sup>2</sup> El Instrumento de ratificación por España de este convenio se publicó en el BOE, n.º. 274, de 12 de noviembre de 2010.

<sup>3</sup> BOE n.º. 162, de 23 de junio de 2010.

<sup>4</sup> Esta Decisión marco ha sido sustituida por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, en vigor desde el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO n.º. L 335 de 17/12/2011).

<sup>5</sup> De este convenio pueden ser miembros no solo los Estados miembros del Consejo de Europa (los 45 participaron en su preparación), también los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración (tal fue el caso de Canadá, el Vaticano, Japón, Méjico y EE.UU), la Unión Europea y todos aquellos Estados no miembros del Consejo de Europa invitados a adherirse al mismo (arts. 45 y 46). Hasta el momento este convenio ha entrado en vigor en Albania, Austria, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Países Bajos, Rumania, San Marino y Serbia. En breve adquirirá vigencia en Turquía y Bulgaria (1-4-2012).

mente en aquel momento España no ostentaba aún la condición de Estado Parte del citado convenio, dado que, como hemos dicho, éste no determinó para ella obligaciones jurídicas hasta el 1 de diciembre de 2010; no obstante, no deja de extrañar ese silencio máxime cuando una de las principales reformas llevadas a cabo en el ámbito de los delitos sexuales con daño a menores habría sido fruto del reconocimiento en ese convenio de la necesidad de tipificar como delito las proposiciones a menores con fines sexuales realizadas mediante las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

El carácter aún novedoso que presentan ambas normas ha suscitado en nosotros diversas cuestiones de interés que, en parte, intentaremos satisfacer a través de estas líneas. En primer lugar, pretendemos dar a conocer el contenido de este convenio en tanto que, con el paso del tiempo, pensamos que podría terminar convirtiéndose en un instrumento internacional fundamental en la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños. En segundo lugar, trataremos de constatar si efectivamente los compromisos asumidos por nuestro país en el plano regional tienen reflejo en nuestras leyes internas, si bien esta cuestión solo la abordaremos desde la perspectiva penal. Y en tercer lugar, precisaremos cuáles son las aportaciones re-

---

Obsérvese, por otra parte, que en el ámbito de la Unión Europea, tras la comunitarización de su espacio de libertad, seguridad y justicia con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Parlamento y el Consejo tienen la potestad de establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes» (art. 83); encontrándose entre esos ámbitos delictivos la explotación sexual de niños. Con base a este precepto, y bajo la influencia del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, se ha aprobado recientemente, como apuntamos *supra*, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Se trata de un hecho especialmente importante por dos razones: primero, por el carácter vinculante del Derecho de la Unión Europea y, segundo, en atención a la circunstancia de que el Convenio del Consejo de Europa ha dispuesto que entre los Estados miembros de la Unión Europea sea de aplicación preferente el derecho de la Unión Europea que regule esta materia (art. 43.3 del Convenio).

<sup>6</sup> La falta de una alusión por parte del legislador a sus compromisos internacionales fuera de la Unión Europea no es nueva; recordemos que cuando se aprobó la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que afectó también a los delitos sexuales en perjuicio de menores, no mencionó el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

almente novedosas del convenio, más allá de su ámbito subjetivo de aplicación, teniendo presente que España, a través de otros instrumentos jurídicos supranacionales (el Convenio sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho también en Nueva York el 25 de mayo de 2000<sup>7</sup>, el Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, o la ya mencionada Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI), ya había adquirido numerosos compromisos en orden a luchar eficazmente contra la explotación y el abuso sexual del que es víctima uno de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad como es el de los niños<sup>8</sup>. Consideración esta última que reciben en este marco y en atención a los instrumentos jurídicos internacionales las personas menores de dieciocho años<sup>9</sup>.

No se analiza, sin embargo, a lo largo de estas líneas un aspecto esencial por lo que al tratamiento penal de la conducta humana se refiere como es el relativo a la completa adecuación de los planteamientos de política criminal que asume el citado convenio del Consejo de Europa con una concepción del Derecho penal basada en el principio de intervención mínima y en el rechazo al derecho penal de autor.

---

<sup>7</sup> La citada convención entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990 y en España el 5 de enero de 1991 (Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 —BOE 31-12-1990—).

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

<sup>8</sup> Una visión del conjunto de esta normativa y sus repercusiones en la legislación española en Rodríguez Mesa, M. J., «Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios», en Álvarez García, F. J./ Manjón-Cabeza Olmeda, A./ Ventura Püschel, A. (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 321-339.

<sup>9</sup> Así el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño —con la precisión, no obstante, de que no haya adquirido la mayoría de edad antes con arreglo a su ley nacional—; el artículo 3.a) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual; el artículo 2.a) de la Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores; o el artículo 2 de la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de los niños.

## 2. El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual

### 2.1. Contextualización

La preocupante situación que viven millones de niños en el mundo, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, atribuible a factores de diversa naturaleza, algunos muy complejos por su vinculación a las propias estructuras económicas y sociales<sup>10</sup>, propicia que la violencia contra los niños en pleno siglo XXI persista en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo económico y social, de su cultura o de las clases sociales; llegando incluso algunas de sus manifestaciones a ser aceptadas en el seno de algunas sociedades por mor de la tradición<sup>11</sup> o de la disciplina, cuando no institucionalizadas por los propios estados<sup>12</sup>.

El abuso y la explotación sexual de los niños es una de las más terribles manifestaciones de esa violencia en cuanto convierte a los niños en meros objetos para la satisfacción del deseo sexual o de un interés lucrativo de otros, poniendo en peligro con ello además su salud y su desarrollo psicosocial. Sin embargo, los esfuerzos realizados

---

<sup>10</sup> Entre los factores de mayor complejidad que contribuyen a la explotación sexual de los niños se encontrarían, según se expresa en la declaración del I Congreso mundial contra la explotación sexual comercial de niños (1996): la pobreza, la disparidad económica, las estructuras socioeconómicas injustas, la desintegración familiar, la carencia de educación, el creciente consumo, la migración rural-urbana, la discriminación de género, la conducta sexual masculina irresponsable y las prácticas tradicionales nocivas y el tráfico de niños (6). Junto a éstos se mencionan otras causas adicionales como son: los delincuentes y redes delictivas que buscan a los niños vulnerables para utilizarlos en el mercado del sexo, la corrupción y colusión, la ausencia o inadecuación de la legislación, la laxitud en el cumplimiento de la ley y la limitada sensibilidad del personal encargado de su aplicación en relación con los efectos nocivos sobre los niños (7). En el II Congreso mundial contra la explotación sexual comercial de niños (2001) se alude también a la persecución, la violencia, los conflictos armados, el VIH/SIDA, la demanda y la conculcación de los derechos del niño. Y en el tercero de los congresos celebrados sobre esta cuestión a nivel mundial, en el año 2008, se mencionaba además el abuso de drogas y alcohol, la degradación ambiental, el desplazamiento de personas, la ocupación y otras emergencias creadoras de presión sobre la unidad básica de la familia.

<sup>11</sup> Pongamos, por ejemplo, los matrimonios concertados.

<sup>12</sup> Véase el Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro (A/61/299), en [http://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG\\_violencestudy\\_sp.pdf](http://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_sp.pdf) (consulta 14-09-2011).

a nivel mundial para garantizar el respeto de los derechos humanos en general y en particular el bienestar de los menores no han logrado acabar o al menos contener esta lacra social. Podría decirse incluso que en una sociedad globalizada como la actual ha encontrado nuevas vías de manifestación (así el fenómeno del turismo sexual, la prostitución y la pornografía infantil *online* o el *child grooming*) a las que ha ayudado la existencia de un mercado organizado e internacional del sexo en el que se utiliza a menores o la generalización de los avances tecnológicos y de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. El progreso tecnológico, por otra parte, habría contribuido a incrementar el volumen de estos delitos, haciéndoles asimismo más visibles a los ojos de la comunidad<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Las propias características del fenómeno hacen difícil cuantificar la explotación y el abuso sexual de los menores; cuantificación que se complica más debido a las distintas definiciones de la explotación y del abuso sexual. Véase al respecto Monni, P., *El archipiélago de la vergüenza. Turismo sexual y pedofilia*, Ed. BAC, 2004, pp. 269-276, quien indica que las cifras más realistas apuntan a más de cinco millones de menores que se prostituyen en el mundo.

Citaremos algunos números más. Según datos de UNICEF, recogidos en el informe explicativo del Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, cada año aproximadamente dos millones de niños son utilizados en la «industria del sexo».

Por lo que se refiere al fenómeno en Internet, ese mismo organismo indica que hay más de un millón de imágenes de diez a veinte mil abusos sexuales a niños. La *International Association of Internet Hotlines* (INHOPE), en su informe anual de 2010 (*Annual report 2010*), pp. 15 a 18, en [http://www.inhope.org/Libraries/Annual\\_reports/2010\\_Annual\\_report.sflb.ashx](http://www.inhope.org/Libraries/Annual_reports/2010_Annual_report.sflb.ashx) (consulta 27-04-2011), señala que en 2010 se recibieron 24.047 denuncias relacionadas con material de abuso sexual a menores en la *web* de las que un 9% (2.098) eran duplicadas; las víctimas de esos abusos eran en un 77% del sexo femenino, en un 11% del sexo masculino y de ambos sexos en un 12%; el 4% de las víctimas eran niños, el 25% pubescentes y el 71% prepubescentes; en el 78% de los casos el material estaba a la libre disposición de las personas y en el 22% se exigía un pago para posteriores accesos. En ese informe se recoge una tabla sobre el tiempo que el material estuvo *online* a partir del momento en que la denuncia llegó a INHOPE; en algo más de un 40% de los casos, el material permaneció dos días. ANESVAD en su *Informe sobre la pornografía infantil en Internet*, elaborado durante el año 2002, recoge el dato de que a nivel mundial se estima que existen más de 4.000.000 zonas de Internet con material de sexo con menores y que se crean al día 500 sitios *web* nuevos. Y la INTERPOL en su Informe anual de 2010, p. 18, indica que hasta la fecha se han identificado mediante su base de datos internacional de imágenes de explotación sexual infantil a 2.025 víctimas de 40 países y a 1.140 delincuentes.

En el caso particular de España la Fundación Alia2, en su informe *Situación de la pornografía infantil en la Red, período 2010*, en [http://alia2.org/upload/51/45/DOSIER\\_de\\_Situacion\\_de\\_la\\_Pornografia\\_Infantil\\_en\\_la\\_Red\\_Periodo\\_2010\\_.pdf](http://alia2.org/upload/51/45/DOSIER_de_Situacion_de_la_Pornografia_Infantil_en_la_Red_Periodo_2010_.pdf) (consulta 1-12-2011), ha constatado, a través de una herramienta informática que permite detectar diariamente el intercambio de archivos con posible contenido pedófilo mediante las redes P2P (programa Florencio), que nuestro país forma parte de la tria-

La complejidad del fenómeno de la explotación sexual de los menores es tal que parece prácticamente imposible plantarle frente eficazmente sin recurrir a la acción concertada de los estados. De ahí la importancia del trabajo que sobre este particular se está realizando por parte de la comunidad internacional, sobre todo a raíz del impulso que al reconocimiento de los derechos de los niños ha supuesto la prácticamente universalidad del Convenio de los Derechos del Niño<sup>14</sup>.

En la segunda mitad de la década de los noventa la concienciación de los países frente a la explotación sexual de los menores y su voluntad de luchar contra la misma era un hecho del que se dejaba constancia en la Declaración y en el Programa de Acción del que sería el primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto 1996<sup>15</sup>. En esa declaración los Estados afirman, entre otras cosas, que «la explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Ésta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud» (5); y que asumen, entre otros compromisos, el relativo a la promulgación del carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños, así como otras formas de explotación sexual, la condena y el castigo de

---

da que encabeza la lista de los diez países en los que se produce más intercambio de pornografía infantil a través de la red. En total Florencio detectó 421.368 archivos con contenido en archivos de pornografía infantil entre líneas P2P, correspondiendo un 11% de los mismos a España (el 21 % a EE.UU y el 7% a Méjico). Asimismo constató la existencia de 89.001 usuarios de las redes P2P que poseen archivos de pornografía infantil, siendo españoles un 18, 47% del total de usuarios.

<sup>14</sup> Este convenio internacional ha sido ratificado casi universalmente (193 estados), quedando al margen solamente EE.UU. y Somalia, que de momento únicamente lo han firmado.

<sup>15</sup> Este congreso fue organizado por el Gobierno de Suecia en cooperación con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *End Child Prostitution in Asian Tourism* y el Grupo de las organizaciones no gubernamentales encargado de la Convención sobre los Derechos del Niño. En él participaron 122 países, representantes de organizaciones no gubernamentales, la campaña *End Child Prostitution in Asian Tourism*, UNICEF y otras agencias de las Naciones Unidas, así como otras organizaciones e individuos de todo el mundo.

La celebración de este congreso, por otra parte, coincidió con los tristemente conocidos como sucesos de Marcínelle. Sobre éstos véase Schümer, D., *Los cazadores de niños*, Ed. Galaxia Gutenberg, 1998.

todos los delincuentes implicados, ya sean locales o extranjeros, y la exoneración de toda culpa a las víctimas infantiles de tales prácticas (12). Los compromisos asumidos en este congreso serían reafirmados posteriormente en el II Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, celebrado en Yokohama del 17 al 20 de diciembre de 2001<sup>16</sup>, y en el III Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, celebrado en Río de Janeiro del 25 al 28 de noviembre de 2008, en los que bajo la premisa básica del carácter primordial de la protección y promoción de los intereses y los derechos del niño a estar protegido contra todas las formas de explotación sexual, se observan los avances alcanzados en ese sentido en algunos países y los obstáculos que aún quedan por remover. Entre ellos algunos de aparición más reciente como sería el relativo a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, en particular Internet, para la comisión de estos delitos<sup>17</sup>.

Esa misma voluntad ha hecho posible que en la actualidad exista un marco normativo internacional sobre la explotación y el abuso sexual de los menores. Éste se habría creado a partir del Convenio sobre los Derechos del Niño, y más concretamente en desarrollo de sus disposiciones relativas a la lucha contra todas las formas de explotación y abusos sexuales (art. 34)<sup>18</sup> y el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35). Su máxima expresión a nivel mundial sería el Protocolo Facultativo relativo

---

<sup>16</sup> El Grupo de especialistas sobre protección de menores frente al abuso y la explotación sexual nombrado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002 organizó una conferencia, *Yokohama Review for Europe and Central Asia - Combating sexual exploitation of children*, para el seguimiento de los compromisos asumidos en este congreso que se celebró en Ljubljana en julio de 2005.

<sup>17</sup> Sobre el estado de esta cuestión en nuestro país véase, entre otros, Morillas Fernández, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005; Fernández Teruelo, J. G., *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Ed. Lex Nova, 2011, pp. 107-158.

<sup>18</sup> A la violencia, en general, se refiere el artículo 19.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño: «los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo». Este artículo ha sido analizado jurídicamente por el Comité de los Derechos del Niño, quien en su *Observación general n.º 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, p. 11, afirma que por abuso y explotación sexual se entiende, entre otras cosas: a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial, b) la utilización de un niño

a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía; en el área regional de Europa el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual; en la Unión Europea la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI, sustituida recientemente por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; en América la Convención Interamericana sobre el tráfico internacional de menores de la Organización de Estados Americanos (OEA), hecha en Méjico el 18 de marzo de 1994, y como punto de referencia en el marco iberoamericano la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hecha en Badajoz el 11 de octubre de 2005<sup>19</sup>; en África la Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de los niños, adoptada en Addis Abeba el 11 de julio de 1990<sup>20</sup>; y en Asia la Convención

---

con fines de explotación sexual comercial, c) la utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños, d) la prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. También clarifica este comité que el abuso sexual constituye toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que éste tiene derecho a la protección del Derecho penal; en cuanto a las actividades sexuales entre niños, se mencionaba que comporta abuso sexual las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas u otros medios de presión, no así si los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas.

Asimismo el comité llama la atención sobre nuevas formas de violencia cometidas a través de las TIC: abusos sexuales realizados contra niños para producir imágenes y grabaciones sonoras de abusos a niños a través de Internet y otras TIC; la exposición de los niños a la pornografía; la captación de menores con fines sexuales; o la creación y publicación por los propios niños de material sexual inapropiado.

<sup>19</sup> Nuestro país ha ratificado la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Instrumento de ratificación dado el 6 de noviembre de 2007, BOE n.º 676, de 18 de marzo de 2010), que, según se lee en la misma, habría entrado en vigor para España el 1 de marzo de 2008. A tenor de su artículo 1 joven es toda persona, nacional o residente en algún país de Iberoamérica, de edad comprendida entre los 15 y los 24 años. Entre los derechos que se les reconocen a los jóvenes se encuentra el derecho a la protección contra los abusos sexuales, que obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes, y a promover la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas (art. 11).

<sup>20</sup> Sobre la explotación sexual versa el artículo 27, a cuyo tenor «los Estados Parte en la presente Carta se comprometerán a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, y en particular adoptarán las siguientes medidas para impedir: la incitación, la coacción o la instigación de un niño para que participe en cualquier actividad sexual; la utilización de niños para la prostitución u otras prácticas sexuales; la utilización de niños en actividades, actuaciones y materiales pornográficos».

para la prevención y lucha contra el tráfico de mujeres y niños para la prostitución de 2002 de la Asociación para la Cooperación Regional del Sur de Asia (SAARC).

La vinculación del fenómeno de la explotación y abuso sexual de menores con otros asuntos preocupantes para la comunidad internacional ha hecho que incidan sobre el mismo otras normas internacionales. Tal sería el caso del Convenio n.º. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999<sup>21</sup>, en el que la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas se identifican como una de las peores formas de trabajo infantil (art. 3 b)<sup>22</sup>; o del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>23</sup>, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000<sup>24</sup>.

---

La venta y tráfico y secuestro de niños se aborda en el artículo 29, de conformidad con el cuál los Estados Parte tomarán las medidas apropiadas para impedir: «el secuestro, la venta o el tráfico de niños para cualquier fin o en cualquier forma, realizado por cualquier persona, lo que incluye a los padres o tutores legales del niño; la utilización de niños para cualquier forma de mendicidad».

Cabría mencionar también el Acuerdo multilateral de cooperación para combatir la trata de personas, especialmente mujeres y niños en África del Oeste y Central, adoptado en 2006 por la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS) y por la Comunidad Económica de Estados de África Central (ECCAS).

<sup>21</sup> El Instrumento de ratificación español de este convenio fue publicado en el BOE, n.º. 118, de 17 de mayo de 2001. En el mismo se dispone que la entrada en vigor de este convenio para España se produciría el 2 de abril de 2002, habiendo adquirido vigencia con carácter general el 19 de noviembre de 2000.

<sup>22</sup> Las otras peores formas de trabajo infantil son: todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso y obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados (art. 3 a); la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes (art. 3 c); y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (art. 3 d).

<sup>23</sup> El Instrumento de ratificación de este convenio por parte de España se publicó en el BOE n.º. 233, de 29 de septiembre de 2003. Según se señala en el mismo, su entrada en vigor se produjo de forma general y para España ese mismo día.

<sup>24</sup> El Instrumento de ratificación de este protocolo por parte de España se publicó en el BOE de 11 de diciembre de 2003. En éste se indica que su entrada en vigor se habría producido, de forma general y para España el 25 de noviembre de 2003.

Como acabamos de apuntar el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual se inserta junto al resto de normas mencionadas en la estrategia internacional de erradicación de la explotación y del abuso sexual de los menores. Veamos entonces su contenido para conocer los mecanismos a través de los cuales se confía la salvaguarda de los niños frente a su explotación y abuso sexual y, posteriormente, comprobar si la ley penal española está en consonancia con el mismo.

## 2.2. *El papel del Consejo de Europa frente a la explotación y el abuso sexual*

Seguramente ha sido Europa el ámbito regional donde se ha alcanzado el nivel más alto de protección de los derechos humanos gracias sobre todo a la labor desarrollada por el Consejo de Europa; organización que desde su creación, en 1949, tiene asignada entre sus objetivos precisamente la defensa de los derechos humanos (art. 1 del Tratado de Londres). Sin olvidarnos, no obstante, del cada vez mayor papel que al respecto está asumiendo la Unión Europea, cuyos Estados miembros son todos a su vez Estados miembros del Consejo de Europa<sup>25</sup>.

En el seno del Consejo de Europa se han elaborado los dos grandes textos europeos concernientes a los derechos humanos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (STE n.º 5, 195)<sup>26</sup> y

---

Señala Dottridge, M., *La trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales*, 2008, en [http://www.ecpat.net/worldcongressIII/PDF/Publications/Trafficking/Thematic\\_Paper\\_Trafficking\\_SPA.pdf](http://www.ecpat.net/worldcongressIII/PDF/Publications/Trafficking/Thematic_Paper_Trafficking_SPA.pdf) (consulta 13-10-2011), p. 8, que este protocolo es el que más éxito ha tenido para que las legislaciones nacionales consideren delito la trata infantil con fines de explotación sexual.

<sup>25</sup> Como es sabido la Unión Europea ha aprobado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/OI). Por lo que se refiere en concreto a la protección de los menores en la esfera sexual, ésta se limita a reconocer genéricamente al derecho de los menores a la protección y cuidados necesarios para su bienestar (art. 24.1); siendo en la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, donde se concreta que todo niño deberá ser protegido contra toda forma de explotación sexual, debiéndose adoptar las medidas para que ningún niño sea, en el territorio de la Comunidad, secuestrado, vendido o explotado con fines de prostitución o de producciones pornográficas o que desde la Comunidad se prepare o apoye la explotación sexual de los niños fuera de su territorio.

<sup>26</sup> España ratificó este convenio el 4 de octubre de 1979 (BOE n.º de 10 de octubre de 1979), entrando en vigor a partir de ese mismo día. Con carácter general el convenio adquirió eficacia jurídica el 3 de septiembre de 1953.

la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (STE n.º. 35, 1961/1965)<sup>27</sup>. Ninguno de ellos presta, no obstante, especial atención a la figura del menor de edad y solo la Carta, dedicada exclusivamente a garantizar el disfrute de los derechos de carácter colectivo del ser humano, menciona, y de forma genérica, el derecho de los niños y adolescentes a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos y el derecho de los niños a una adecuada protección social y económica (Parte I, 7 y 17, Parte II, arts. 7.10 y 17). Estas disposiciones han sido interpretadas por el Comité Europeo para los Derechos Sociales en el sentido de reconocer la existencia de un derecho de los niños a la protección frente a toda forma de explotación sexual, en particular su participación en la «industria del sexo», debiéndose adoptar a tal fin mecanismos adecuados de supervisión y sanciones. Desde este último enfoque se establecería como mínimo la obligación de criminalizar todo acto de explotación sexual de menores de 18 años y ello con independencia de la existencia de la edad mínima de consentimiento sexual señalada por los estados. En este marco el Comité ha definido la prostitución infantil, la pornografía infantil y la trata de menores con fines sexuales<sup>28</sup>; y asimismo, teniendo en cuenta el avance tecnológico, ha demandado que los proveedores de los servicios de Internet sean responsables de controlar el material que alojan y que se adopten sistemas de seguridad para las actividades que se llevan a cabo en Internet (así sistemas de filtrado y clasificación de contenidos)<sup>29</sup>.

La protección de los menores en relación con aquellas cuestiones que directamente les afectan precisamente por su condición de menores ha motivado la aprobación por parte del Consejo de Europa de

---

<sup>27</sup> Adquirió vigencia en el plano internacional a partir del 26 de febrero de 1965. Para España entró en vigor a partir del 5 de junio de 1980 (Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980, publicado en el BOE 26 de junio de 1980). La Carta fue revisada por última vez en mayo de 1996 (STE n.º. 163, 1996/1999), revisión que de momento no ha ratificado España.

<sup>28</sup> De acuerdo con el citado comité la prostitución infantil incluye el ofrecimiento, la obtención, el uso o disposición de un niño para actividades sexuales a cambio de remuneración o cualquier otro tipo de consideración. La pornografía infantil abarca la obtención, producción, distribución, la puesta a disposición y la posesión de material que represente visualmente a un niño adoptando una conducta sexual explícita o de imágenes realistas que representen a un niño adoptando una conducta sexual explícita. Y la trata de niños consiste en atraer, transportar, transferir, esconder, entregar, vender o recibir a un niño para su explotación sexual.

<sup>29</sup> Comité Europeo para los Derechos Sociales, *Digest of the case law of the European Comite of Social Rights*, en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf) (consulta 14-12-2011).

algunos convenios internacionales específicos, entre los que se encuentra efectivamente el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Éste a su vez se vio precedido por otros convenios que si bien no tenían en ningún caso como eje rector la protección del menor, abordaban conductas que les afectaban negativamente y que, consiguientemente, hacían necesario un pronunciamiento sobre el particular. En este punto es de obligada mención el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia<sup>30</sup>, que fue el primer convenio del Consejo de Europa en establecer la obligación de los Estados de adoptar una serie de medidas legislativas o de otra índole para la tipificación como infracción penal de una serie de conductas relacionadas con la pornografía infantil<sup>31</sup>; y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, de acuerdo con el cual la explotación sexual de los menores se encuentra entre las posibles finalidades que puede tener la trata de seres humanos, entendiéndose por trata de menores a efectos de su explotación en la prostitución o de otras formas de explotación sexual el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor<sup>32</sup>, sin necesidad de que a tal fin se utilicen los medios exigibles en el caso de personas adultas para hablar de trata (art. 4.c)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Este convenio internacional entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2004 y para España el 1 de octubre de 2010 (Instrumento de Ratificación del Convenio publicado en el BOE n.º. 226, de 17 de septiembre de 2010).

<sup>31</sup> El artículo 9.1 dispone en concreto la tipificación de la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático (a); la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático (b); la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático (c); la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona (d); y la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos (e). La tipificación de estas dos últimas conductas como delito depende de la decisión de los Estados a quienes se reconoce la posibilidad de presentar reservas a su aplicación en todo o en parte (art. 9.4). También se deja a criterio de los Estados extender la protección penal sólo a los menores de 16 años (art. 9.3) o limitar el concepto de pornografía infantil a la representación visual de un menor comportándose de forma sexualmente explícita (art. 9.4).

<sup>32</sup> Por menor se entiende toda persona menor de 18 años (art. 4 d).

<sup>33</sup> A efectos del convenio se entiende por trata de seres humanos «el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mí-

Aparte de los convenios que hemos citado, máxima expresión de los logros a nivel normativo del Consejo de Europa, hay que recordar que la preocupación de esta organización internacional por proteger a los menores frente a comportamientos dañinos para los mismos, y en particular, en pro de garantizar su bienestar físico, psíquico y social ante comportamientos de índole sexual que les pudieran perjudicar, se ha exteriorizado en diversas recomendaciones tanto del Comité de Ministros —R (91) 11 sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños, niñas y jóvenes<sup>34</sup>; R (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, R (2002) 5 relativa a la protección de las mujeres contra la violencia—, como de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —R 1065 (1987) sobre tráfico de niños y otras formas de explotación infantil; R 1526 (2001) de la campaña contra el tráfico de menores; R 1551 (2001), construyendo una sociedad del siglo XXI con y para los niños; R 1307 (2002) sobre explotación sexual de los niños: tolerancia cero; R 1778 (2007) relativa a los menores víctimas, erradicando todas las formas de violencia, explotación y abuso—.

La generalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, como apuntábamos anteriormente, ha abierto nuevos escenarios para ese tipo de delincuencia relacionada con la explotación y abuso sexual de menores, que ha determinado asimismo al Consejo de Europa a realizar una constante llamada de atención sobre el particular en los últimos años. Así el Consejo de Ministros ha aprobado diversas recomendaciones como la Recomendación (2001) 18 relativa a la autorregulación de los contenidos cibernéticos (autorregulación y protección de usuarios contra los contenidos ilegales o dañinos de los nuevos servicios de comunicación e información); la Recomendación (2006) 12 sobre capacitación de los niños en el nuevo escenario de la información y de la comunicación; la Recomendación CM/Rec (2007) 16 sobre medidas para promover el valor de servicio público de Internet; o la Reco-

---

nimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos» (art. 4 a). Consiguientemente en la trata de menores no es necesario el empleo de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, el fraude, el engaño, el abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre el menor.

<sup>34</sup> Cabría mencionar también la Recomendación N.º R (89) 7 relativa a los principios sobre distribución de «videogramas» con contenido violento, brutal o pornográfico.

mendación CM/Rec (2009) 5 sobre medidas para proteger a los niños de contenidos y comportamientos dañinos y para promover su participación activa en el nuevo escenario de la información y las comunicaciones.

El planteamiento que el Consejo de Europa ha realizado para la defensa de los niños frente a la violencia ha originado finalmente la elaboración en su seno de una serie de directrices dirigidas a promover el desarrollo y la implementación de un marco nacional global para la protección de los derechos de los niños y la eliminación de la violencia de la que son víctimas que se recogen como anexo a la Recomendación CM/Rec (2009) 10 sobre estrategias nacionales integrales para la protección de los menores frente a la violencia<sup>35</sup>. Estas directrices están basadas en ocho principios generales: protección frente a la violencia, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo en la máxima medida posible, no discriminación, igualdad de género, participación del niño, obligaciones estatales, obligaciones y participación de otros agentes e interés superior del niño<sup>36</sup>.

La prohibición de toda forma de violencia contra los niños, entendida ésta en los términos del artículo 19 del Convenio sobre los Derechos del Niño como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, independientemente de cuándo y dónde se produzca, comprende imperativamente una serie de manifestaciones de la violencia contra los niños que son explicitadas en la recomendación. Enfocando la cuestión desde el plano de la protección de los menores frente a la violencia con componente sexual, interesa destacar la proscripción de toda forma de violencia y abuso sexual, corrupción de menores y utilización de niños con una finalidad sexual, de la explotación del niño a través de su prostitución, de la pornografía infantil<sup>37</sup> y de los viajes y el turismo

---

<sup>35</sup> Se sigue el concepto de niño y de violencia sentado en los artículos 1 y 19 respectivamente del Convenio sobre los derechos del niño, precisándose que se toma en consideración a todos los niños (víctimas, testigos y ofensores) y que se tiene en cuenta tanto la violencia entre adultos y niños como la que se produce entre niños (2.2).

<sup>36</sup> Se establecen cuatro principios operativos: la naturaleza multidimensional de la violencia, el enfoque integrado de la violencia, la cooperación transectorial en materia de prevención y el enfoque multi-actores.

<sup>37</sup> Como es lógico, todos los conceptos mencionados tienen el significado que les ha dado el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (arts. 18, 23, 20 y 19 respectivamente).

sexual<sup>38</sup>; de la trata y venta de niños con una finalidad de explotación sexual<sup>39</sup>; o de la exposición de los niños a contenidos violentos o dañinos, o la explotación de los niños a través de las nuevas tecnologías<sup>40</sup>. La lucha contra las mismas significaría la adopción por parte de los Estados de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas dirigidas a impedir las proporcionando una prevención primaria, secundaria o terciaria. Entre estas últimas se encontraría el uso de sanciones y medidas eficaces, proporcionadas y disuasivas, la existencia de programas y medidas de intervención para los delincuentes presuntos o condenados en orden a prevenir o atenuar el riesgo de reiteración de la conducta, el establecimiento de iniciativas sociales amplias dirigidas a los menores autores de la violencia que implique a la comunidad y les hagan objeto de una continua protección y la posibilidad de que los menores víctimas de la violencia no sean objeto de penas por su implicación en actividades contrarias a la ley en la medida en que se hayan visto obligados a realizarlas. También se apela a la consideración como circunstancias agravantes a los efectos de determinación de la sanción la violencia contra los niños, el abuso de una posición de confianza, de autoridad o de influencia sobre el niño, el abuso de una relación basada en una dependencia económica o de otro tipo y la participación en una organización criminal. Igualmente se persigue que se extienda la jurisdicción de los estados fuera de su territorio para conocer de la violencia ejercida sobre los niños siempre que éstos sean sus nacionales o residentes habituales en su territorio. En conexión con ello habría que suprimir el principio de doble incriminación y facilitar la asistencia legal mutua entre los estados. Otro aspecto destacado es el interés en garantizar que las víctimas de la violencia tengan la posibilidad de perseguir el

---

<sup>38</sup> El turismo sexual implica la organización de viajes, dentro o fuera del sector turístico pero usando las estructuras y redes de éste, con el objetivo principal de efectuar una relación comercial sexual entre el turista y los residentes del lugar de destino (Declaración de la Organización Mundial de Turismo sobre la prevención del turismo sexual organizado de 1995).

<sup>39</sup> Se acoge el concepto de trata de niños previsto en el artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

<sup>40</sup> Otras manifestaciones de la violencia contra los niños serían las adopciones ilegales, los trabajos forzados o servicios, esclavitud o prácticas similares, la extracción de órganos, las prácticas dañinas basadas en la tradición (los matrimonios forzosos, los homicidios por honor, la mutilación genital femenina), toda forma de violencia en instituciones residenciales, en escuelas, los castigos corporales, el trato cruel, inhumano y degradante, el castigo físico y psíquico, la exposición de los niños a la violencia en las familias y en el hogar.

delito tras haber alcanzado la mayoría de edad (5). En cuanto a la prevención primaria hay que subrayar el establecimiento de una edad mínima para el matrimonio que no sea demasiado baja, de una edad para el consentimiento sexual, la prohibición a los condenados por violencia contra los niños del desempeño de trabajos que comprendan la supervisión de menores o la obligación de respetar el derecho de los niños a ser oídos y a tener presente su opinión.

Como se comprobará a continuación el contenido de esta recomendación responde al del propio Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. No obstante, hemos creído oportuno destacar algunos de sus aspectos dada su importancia ante el todavía escaso número de estados en los que el convenio ha adquirido eficacia jurídica.

### *2.3. Las medidas de lucha contra la explotación y el abuso sexual previstas en el Convenio*

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>41</sup> trata de reforzar la protección que sobre este particular se dispone en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía así como de desarrollar y de completar los principios que en ellos se recogen (art. 42). En el mismo se identifican como objetivos propios: la prevención y lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños; la protección de los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual; y la promoción de la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños (art. 1). Al logro de estos cometidos, y teniendo presente la normativa internacional y otros instrumentos y programas internacionales sobre el particular, el convenio obliga a los Estados Partes a desarrollar una serie de medidas de diferente tipología entre las que se encuentran medidas de naturaleza preventiva, de protección y asistencial, de intervención, de naturaleza penal y de

---

<sup>41</sup> Según se explica en el Convenio la expresión «explotación y abuso sexual de niños» alude a las conductas descritas en los artículos 18 a 23 del Convenio (art. 3. b), cuando la víctima es un niño, consideración que recibe toda persona menor de 18 años (art. 3 a).

naturaleza procesal<sup>42</sup>; y apela a la cooperación entre todos ellos (art. 38). Al mismo tiempo el convenio crea un mecanismo de seguimiento específico de su cumplimiento, el llamado Comité de las Partes (arts. 39 a 41).

A la luz de su contenido es evidente que estamos ante el convenio internacional que de forma más integral trata de frenar el fenómeno del abuso y explotación sexual de niños hasta el momento presente.

a) Medidas preventivas

El capítulo II del convenio está dedicado a las medidas preventivas, que se abordan tomando como referencia el papel que determinadas personas pueden adoptar para evitar la explotación y el abuso sexual de los niños. En concreto se ha pensado en los profesionales de sectores que podrían estar en contacto con los menores, en los propios menores, en sus posibles ofensores, en el público en general, en el sector privado y en la sociedad civil. En relación con los mismos, básicamente y dependiendo del caso, se trata de sensibilizar, educar, intervenir preventivamente y fomentar la participación al servicio de la lucha contra la explotación y el abuso sexual.

La sensibilización de las personas en materia de protección y derechos del niño está dirigida a quienes mantienen un contacto habitual con los niños en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia, las fuerzas del orden y en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio (art. 5.1); precisándose que ha de garantizarse que las mismas posean los conocimientos adecuados sobre la explotación y el abuso sexual de los niños, los medios para detectarlos y la posibilidad de comunicar a los servicios responsables de la protección de la infancia la existencia de sospechas fundadas de explotación o abuso de un menor (art. 5.2). Asimismo se persigue que las profesiones que conlleven el contacto habitual con los

---

<sup>42</sup> En el artículo 10, que integra el capítulo III del Convenio, se recogen las medidas nacionales de coordinación y colaboración, que se proyectan sobre los organismos de protección de los niños y en particular en los sectores de la educación y la sanidad, los servicios sociales, las fuerzas del orden y las autoridades judiciales. En concreto se dispone la creación o designación de instituciones nacionales o locales independientes para la promoción y protección de los derechos de los niños, garantizando su dotación de recursos y de responsabilidades específicos; y de mecanismos de recogida de datos o puntos de contacto, a nivel nacional o local y en cooperación con la sociedad civil, a efectos de observar y evaluar el fenómeno de la explotación y el abuso sexual de los niños. También se habla de cooperación entre los poderes públicos, la sociedad civil y el sector privado.

niños no puedan ser desempeñadas por aquellos que hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños (art. 5.3).

De sensibilización también se habla por lo que se refiere al público en general, pensándose a tal fin en la promoción y organización de campañas de sensibilización que le informen sobre el fenómeno de la explotación y abuso sexual de los niños y sobre las medidas preventivas que se pueden adoptar (art. 8.1), y en la prevención y prohibición de la difusión de materiales que publicitan este tipo de delitos (art. 8.2).

Por lo que respecta a los niños, esto es, las potenciales víctimas, se dispone la necesidad de que los mismos reciban durante su educación primaria y secundaria información, adaptada a su etapa evolutiva, sobre los riesgos de la explotación y el abuso sexual así como los medios para protegerse. Esta información, que podría proporcionarse en colaboración con los padres, se facilitaría en el contexto de la información más general sobre la sexualidad, debiendo prestarse particular atención a las situaciones de riesgo, especialmente las que se derivaban de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 6).

En el caso de los posibles delincuentes se prevé que se les facilite la posibilidad de acceder a programas o medidas de intervención eficaces dirigidos a evaluar y a prevenir el riesgo de comisión de delitos de explotación y abuso sexual de niños (art. 7).

Otro de los ejes de las medidas preventivas sería la participación en la elaboración de políticas contra la explotación y abuso sexual de niños y su aplicación de los niños (art. 9.1)<sup>43</sup>, del sector privado, y en especial del sector de las tecnologías de la información y de la comunicación, de la industria de viajes y turismo, de los sectores bancario y financiero, y de la sociedad civil<sup>44</sup>, entre quienes también habrá de alentar al establecimiento de normas internas mediante la autorregulación y la corregulación (art. 9.2). La participación de los medios de comunicación estaría referida a la facilitación de información apropiada sobre todos los aspectos de la explotación y abuso sexual de los niños dentro del respeto a su independencia y a la libertad de expresión (art. 9.3).

---

<sup>43</sup> También se menciona su participación en programas u otras iniciativas públicas con igual fin.

<sup>44</sup> La financiación para los proyectos y programas realizados por la sociedad civil con el objetivo de prevenir y proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual ha de ser promovida por los Estados (art. 9.4).

## b) Medidas de protección y asistenciales

El capítulo IV del convenio recoge un elenco de medidas destinadas a la protección de las víctimas de la explotación y el abuso sexual, que se pueden extender, en su caso, a sus parientes cercanos y a las personas a cuyo cargo se encuentren. Estas medidas giran sobre un principio básico, el principio de apoyo necesario a las víctimas, que se materializará a través del establecimiento de programas sociales eficaces y de la creación de estructuras pluridisciplinares (art. 11.1). Iguales medidas se aplicarán también en relación con aquellas víctimas respecto de las que existen razones para creer que son menores mientras se averigua su edad (art. 11.2).

Este apoyo se manifestaría fomentando que terceros denuncien los hechos, abriendo vías de información y asesoramiento y prestando asistencia a las víctimas para su recuperación física y psicosocial. En este marco se pretende que se ponga fin a las limitaciones que las normas de confidencialidad de determinados profesionales que trabajan con niños imponen a aquéllos para que pongan en conocimiento de los servicios responsables de la protección de la infancia los casos en los que tengan fundadas sospechas de que un niño está siendo víctima de explotación o abuso sexual (art. 12.1); así como involucrar a toda persona en la comunicación de tales hechos cuando tenga conocimiento de los mismos o sospeche de ello de buena fe (art. 12.2). Se contempla la creación de los llamados servicios de ayuda como serían las líneas de asistencia telefónica o por Internet, dedicados a la información y al asesoramiento a las personas que llaman, incluso de forma confidencial o respetando el anonimato (art. 13). Y la adopción de medidas para la asistencia a las víctimas en su recuperación física y psicosocial, que en el caso de la asistencia terapéutica y en particular de la atención psicológica de urgencia deberían extenderse a las personas próximas a la víctima (art. 14.1 y 4). En este punto habría que buscar la cooperación con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones competentes y otros elementos de la sociedad civil que participen en la asistencia a las víctimas (art. 14.2). Asimismo la ayuda a las víctimas comprenderá en los casos en los que los progenitores o las personas a cuyo cargo se encuentre el niño estén implicados en la explotación y abuso sexual de éste la posibilidad de alejar al supuesto autor de los hechos y la facultad de alejar a la víctima de su entorno (art. 14.3)<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Las condiciones y duración de este alejamiento se establecerán teniendo en cuenta el interés superior del menor.

c) Medidas o programas de intervención

Las llamadas por el convenio medidas o programas de intervención están dirigidas a prevenir y a minimizar los riesgos de reincidencia en los delitos sexuales con daño de los niños (art. 15.1). A estos efectos se prevé que se realice una evaluación del peligro y del posible riesgo de reincidencia para identificar aquellos programas o medidas apropiadas (art. 15.3)<sup>46</sup> y se busca la cooperación entre las autoridades competentes, en particular los servicios sanitarios y los servicios sociales, las autoridades judiciales y otros organismos encargados del seguimiento del delincuente presunto o culpable (art. 15.2).

Estos programas se proyectan tanto sobre el presunto delincuente como sobre el delincuente condenado (art. 16.1 y 2); debiendo, por tanto, ser accesibles en todo momento del procedimiento, tanto fuera como dentro del medio carcelario (art. 15.2). Los destinatarios de estas medidas tienen que ser plenamente informados de las razones de la propuesta de la intervención para que, en su caso, puedan consentir en ella con pleno conocimiento de causa (art. 17.1). El rechazo de esta medida por parte del sujeto está aceptado, pero si se trata de una persona condenada el mismo puede llevar aparejadas otras consecuencias de las que deberá ser informado (art. 17.2).

El acceso a estas medidas en el caso de personas sospechosas se realizará en condiciones que no sean perjudiciales ni contrarias a los derechos de defensa ni a las exigencias de un juicio justo e imparcial, particularmente del principio de presunción de inocencia (art. 16.1).

Estas medidas se pueden aplicar a todos sus destinatarios independientemente de su edad, no obstante, han de elaborarse y adaptarse para responder a las necesidades de desarrollo de los niños que han cometido delitos de carácter sexual (art. 16.3).

d) Medidas de naturaleza penal

Sobre las medidas penales en sentido amplio versa concretamente el capítulo VI del convenio rubricado «Derecho penal sustantivo» (arts. 18-29), en el que se abordan tres grandes cuestiones: la tipificación como delito de determinadas conductas y sus consecuencias (1), la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas (2) y los criterios de atribución de competencia judicial (3).

---

<sup>46</sup> Se dispone en el artículo 15.4 la obligación de los estados de evaluar la eficacia de estos programas o medidas.

1. Como decíamos el convenio comporta para los Estados la obligación de proceder a la adopción de las medidas necesarias para la tipificación como delitos de una serie de conductas intencionales o dolosas gravemente peligrosas para la salud y el desarrollo psicosocial del niño, que integrarían el contenido de la expresión explotación y abuso sexual de menores (art. 3.b). Éstas son las conductas constitutivas de los denominados por el convenio delitos de abuso sexual, delitos relativos a la prostitución infantil, delitos relativos a la pornografía infantil, delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos, delito de corrupción de niños y delito de proposiciones a los niños con fines sexuales<sup>47</sup>.

De acuerdo con el artículo 18 el abuso sexual comporta la realización de actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades (art. 18.1.a), así como la realización de actividades sexuales con un niño recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza, o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia, o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia (art. 18.1.b).

En relación con la conducta descrita en el apartado 1.a de ese artículo y a la luz de la precisión que hace el convenio de que esa norma no tiene por objeto regular las actividades consentidas entre menores (art. 18.3), cabría plantear dos cuestiones conectadas. Primero la necesidad de clarificar cuándo la actividad sexual entre menores puede ser consentida, ¿solo cuando la ley les ha reconocido capacidad para emitir un consentimiento válido o siempre que pueda hablarse de un consentimiento natural? Y segundo si el sujeto activo de esa modalidad de abuso sexual quedaría circunscrito a una persona adulta o no.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, que se suscita desde el momento en que el convenio establece la obligación de cada Estado Parte de determinar la edad por debajo de la cual no está permitida la realización de actividades sexuales con un niño (art. 18.2), esto es, una edad legal de consentimiento sexual, consideramos que el artículo 18.3 está pensando en el consentimiento natural en base a dos razones. De un lado, si se tratase de un consentimiento legal la exclusión que se expresa vía artículo 18.3 carecería de todo sentido dado

---

<sup>47</sup> Obsérvese que la incriminación de estas conductas responde a unos mínimos de consenso, de forma que las legislaciones nacionales pueden ampliar la protección de los menores.

que la modalidad de abuso sexual del artículo 18.1.a ya exige que la víctima carezca de la edad legal de consentimiento sexual. De otro lado, en el informe explicativo del convenio se manifiesta que el mismo no tiene por objeto regular las actividades sexuales entre menores incluso aunque no tengan reconocida legalmente la capacidad para consentir en el plano sexual. No obstante lo dicho, ello no nos puede llevar a concluir que solo una persona adulta pueda ser sujeto activo del delito, dado que, como también se hace constar en el citado informe, lo que no se ha querido criminalizar son las actividades sexuales de jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y se involucran en experiencias sexuales entre ellos en el contexto del desarrollo sexual (129) ni tampoco las relaciones sexuales entre personas de edades y madurez similar. Consiguientemente parece quedar en manos de los Estados la precisión de qué menores, con capacidad legal para consentir en el plano sexual no incurrirían en responsabilidad penal por mantener una actividad sexual con un menor, que carece de tal capacidad, pero que sí consiente la misma de forma natural.

La prostitución infantil, entendida como «el hecho de utilizar a un niño para actividades sexuales a cambio de dinero o de la promesa de dinero, o de cualquier otra forma de remuneración, pago o ventaja, con independencia de que dicha remuneración, pago, promesa o ventaja se ofrezcan al niño o a una tercera persona» (art. 19.2)<sup>48</sup>, se trata de impedir mediante la tipificación de las conductas expresadas en artículo 19.1. Éstas consisten en: a) reclutar a un niño para que se dedique a la prostitución o favorecer la participación de un niño en la prostitución; b) obligar a un niño a dedicarse a la prostitución o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines; c) recurrir a la prostitución infantil.

Los delitos relativos a la pornografía infantil, consideración que recibe «todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales» (art. 20.2)<sup>49</sup>, están formados por las siguientes

---

<sup>48</sup> En el informe explicativo del convenio se aclara que cualquier tipo de remuneración o beneficio y no solo el pago en dinero tendría relevancia penal; así se menciona, por ejemplo, drogas, albergue, comida o ropa (132).

<sup>49</sup> Aunque la definición de la conducta sexual explícita es cuestión de cada Estado, en el informe explicativo del convenio se dice que aquella deberá abarcar como mínimo los siguientes actos, sean reales o simulados: a) acceso carnal, incluido genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal, entre niños o entre un adulto y un niño, independientemente del sexo; b) bestialismo; c) masturbación; d) sadismo o masoquismo en un contexto sexual; o e) exhibición lasciva de los genitales o de la zona púdica de un niño (143).

conductas intencionales o dolosas cuando se cometen de forma ilícita: a) la producción de pornografía infantil; b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil<sup>50</sup>; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil; d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil; e) la posesión de pornografía infantil; y f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 20.1). En relación con la producción y la posesión de pornografía infantil los Estados Partes pueden reservar, en todo o en parte, la tipificación de esas conductas si se trata exclusivamente de la producción o posesión de material pornográfico de representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente; de la participación de niños con quienes con arreglo a la ley se puede realizar actividades sexuales, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular<sup>51</sup> (art. 20.3). La tipificación del acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, también puede ser objeto de reserva por los Estados Partes en todo o en parte (art. 20.4)<sup>52</sup>.

El artículo 21 está referido a los delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos, esto es: a) el reclutamiento de un niño para que participe en espectáculos pornográficos o el fomento de la participación de un niño en dichos espectáculos; b) el obligar a un niño a participar en espectáculos pornográficos o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines; c) el asistir, con conocimiento de causa<sup>53</sup>, a espectáculos pornográficos en los que participen niños (art. 21.1). Los Estados Partes podrán reservarse el derecho de limitar la aplicación de este último apartado a los casos en que los niños hayan sido reclutados u obligados según lo dispuesto en el apartado 1.a) o b) —art. 21.2—<sup>54</sup>. Como se habrá obser-

---

<sup>50</sup> De acuerdo con el informe explicativo del convenio sería subsumible en esta conducta la creación de sitios *web* de pornografía infantil o la creación o compilación de *hyperlinks* a sitios de pornografía infantil (136).

<sup>51</sup> Nuestro país no ha hecho ninguna reserva al Convenio. Dinamarca sí se ha reservado el derecho a no aplicar la tipificación de la producción y posesión de material pornográfico en el que se vean niños que hayan alcanzado la edad legal para consentir libremente actividades sexuales, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular.

<sup>52</sup> Bulgaria ha hecho uso de esta facultad.

<sup>53</sup> El sujeto activo tiene que conocer que en el espectáculo al que asiste interviene un menor.

<sup>54</sup> Así Bulgaria.

vado ya, el convenio renuncia a definir que ha de entenderse por espectáculos pornográficos.

La corrupción de niños se recoge en el artículo 22, a cuyo tenor sería delito hacer presenciar, con fines sexuales, a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18, aun sin que él participe, abusos sexuales o actividades sexuales.

Y finalmente en el artículo 23 nos encontramos con un novedoso delito, denominado proposiciones a niños con fines sexuales (*solicitation of children for sexual purposes*), más conocido comúnmente como *child grooming*. Este delito implica que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él el delito de abusos sexuales del artículo 18.1.a) o el delito de producción de pornografía infantil (art. 20.1 a), y que a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.

Además de la tipificación de las conductas descritas prevé el convenio un elenco de circunstancias agravantes del delito que deben poder ser tomadas en cuenta en la determinación de la pena asociada a estos delitos. Éstas son: a) que el delito haya lesionado gravemente la salud física o mental de la víctima; b) que el delito haya estado precedido o acompañado de actos de tortura o violencia grave; c) que el delito se haya cometido contra una víctima especialmente vulnerable; d) que el delito haya sido cometido por un miembro de la familia, una persona que conviva con el niño o una persona que haya abusado de su autoridad; e) que el delito haya sido cometido por varias personas actuando conjuntamente; f) que el delito se haya cometido en el marco de una organización delictiva; y g) que el autor haya sido condenado anteriormente por delitos de la misma naturaleza (art. 28). Vinculada a esta última circunstancia se contempla imperativamente que se tengan en cuenta las condenas firmes por delitos del convenio dictadas por otra Parte (art. 29)<sup>55</sup>.

En todas las conductas descritas se dispone el castigo no solo de la autoría sino también de la complicidad intencional o dolosa (art. 24.1). La tentativa y no solo la consumación es objeto de sanción, si bien se reconoce a los Estados la facultad de reservarse el derecho de no cas-

---

<sup>55</sup> Artículo 29 del convenio: Condenas anteriores. «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para prever la posibilidad de tener en cuenta, en la determinación de la pena, las condenas firmes dictadas por otra Parte en relación con los delitos tipificados con arreglo al presente convenio».

tigar la tentativa de algunas conductas (art. 24.2)<sup>56</sup>. Concretamente en los delitos relativos a la pornografía infantil consistentes en la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil, la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil, la posesión de pornografía infantil y el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación; en el delito de asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográfico en los que participen niños; en el delito de corrupción de niños; y en el delito de proposiciones a niños con fines sexuales (art. 24.3)<sup>57</sup>.

Los delitos tipificados con arreglo a este convenio tienen que ser punibles con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, habida cuenta de su gravedad, que incluirán penas privativas de libertad susceptibles de dar lugar a extradición (art. 26.1).

Las legislaciones internas permitirán igualmente el embargo y decomiso de bienes, documentos y otros instrumentos utilizados para cometer los delitos tipificados con arreglo al presente convenio o para facilitar su comisión y del producto de esos delitos o de bienes de valor equivalente a dicho producto. Éstas contemplarán también el cierre temporal o definitivo de todo establecimiento utilizado para cometer uno de los delitos tipificados con arreglo al presente convenio, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, y la denegación al autor, con carácter temporal o definitivo, del ejercicio de la actividad profesional o benéfica que conlleve el contacto con niños y con ocasión de la cual se haya cometido el delito (art. 26.3).

Los Estados partes podrán adoptar otras medidas para los autores de los delitos, como la retirada de la patria potestad o el control o supervisión de las personas condenadas (art. 26.4) y establecer que el producto del delito o los bienes decomisados se asignen a un fondo especial destinado a financiar programas de prevención y asistencia a las víctimas de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al convenio (art. 26.5).

Además de las respuestas penales, se prevé en el convenio, como ya ha quedado dicho, la articulación de programas o medidas de intervención.

2. Por lo que se refiere a la responsabilidad por estos delitos se reconoce en el convenio la responsabilidad de las personas jurídicas en

<sup>56</sup> Tal ha sido el caso de Bulgaria para los delitos del artículo 20.1.f.

<sup>57</sup> Francia se ha reservado el derecho a no aplicar en todo o parte el artículo 24.2 relativo a la represión de la tentativa de los delitos tipificados en el Convenio, a ciertos delitos; particularmente a los del artículo 20.1 e y f y al artículo 23.

aquellos casos en los que el delito se comete en su beneficio por cualquier persona física que actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica y que ocupe un puesto directivo en el seno de la misma, basándose en: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; c) la facultad de ejercer control en el seno de la persona jurídica (art. 26.1). Asimismo cuando la falta de supervisión o de control por una persona física mencionada en el apartado 1 haya hecho posible la comisión de un delito tipificado con arreglo al presente convenio, en beneficio de la persona jurídica, por una persona física que actúe bajo su autoridad (art. 26.2). Esta responsabilidad podrá ser, con sujeción a los principios jurídicos de la Parte, penal, civil o administrativa (art. 26.3) y se establecerá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito (26.4).

A las personas jurídicas declaradas responsables de estos hechos se les impondrá también penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas sanciones pecuniarias penales o no, así como otras posibles medidas, en particular: a) la exclusión del derecho a ventajas o ayudas de carácter público; b) la inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades comerciales; c) la sujeción a supervisión judicial; d) la liquidación judicial (art. 26.2).

3. Como es sabido, uno de los instrumentos básicos en la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños es la garantía de que los responsables de tales conductas no van a eludir la acción de la justicia. De ahí que el convenio establezca para la Parte una serie de obligaciones relacionadas con la competencia judicial para conocer de estos hechos con el objetivo de extenderla, nunca limitarla (art. 25.9).

A tenor del artículo 25.1 es obligatorio para todo Estado Parte atribuir a sus tribunales la competencia para juzgar esos hechos cuando los mismos sean cometidos en su territorio (a), a bordo de un buque que enarbole el pabellón de esa Parte (b), a bordo de una aeronave matriculada según las leyes de esa Parte (c), por uno de sus nacionales (d), o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio (e). Este último criterio de atribución de competencia judicial a los tribunales de justicia nacionales puede ser objeto de reserva por los Estados Parte bien para su no aplicación bien para su aplicación en casos o bajo condiciones determinadas (art. 25.3)<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Ninguno de los Estados parte en los que el Convenio había adquirido vigencia cuando éste fue publicado en el BOE había hecho tal reserva.

En el artículo 25.7 se recoge otro criterio de atribución imperativa de competencia judicial para los tribunales de aquel Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor cuando éste no puede ser extraditado a otro Estado Parte por razón de su nacionalidad (principio *aut dedere aut judicare*). Deberán asimismo los Estados Partes esforzarse en establecer su competencia para conocer de esos delitos cuando la víctima sea uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual dentro de su territorio (art. 25.2)<sup>59</sup>.

El principio de doble incriminación al que podría estar condicionado el enjuiciamiento de los propios nacionales por hechos cometidos en el extranjero ha de suprimirse en el caso de los delitos de abuso sexual (art. 18), delitos relativos a la prostitución infantil (art. 19), delito de producción de pornografía infantil (art. 20.1.a), delitos de reclutamiento de un niño para que participe en espectáculos pornográficos o el favorecimiento de la participación del niño en tales espectáculos (art. 21.1.a) y delitos consistentes en obligar a un niño a que participe en espectáculos pornográficos o en beneficiarse de un niño o explotarle de otro modo para tales fines (art. 21.1.b). Se faculta a los Estados Parte a que por vía de reserva limiten la aplicación de esta disposición en relación con el abuso sexual consistente en realizar actividades sexuales con un niño abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia, o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia (art. 18.1.b incisos segundo y tercero) a los casos en los que su nacional tiene residencia habitual en su territorio (art. 25.5)<sup>60</sup>.

También en los delitos de abuso sexual (art. 18), los delitos relativos a la prostitución infantil (art. 19), los delitos de producción de pornografía infantil (art. 20.1.a) y los delitos relativos a la participación del niño en espectáculos pornográficos ha de eliminarse la condición de previa denuncia de la víctima o del Estado del lugar donde se hayan cometido los delitos para iniciar el procedimiento penal

---

<sup>59</sup> En conexión con ello se dispone en el artículo 38.2 que se adoptarán las medidas necesarias para que las víctimas de un delito cometido en el territorio de una Parte distinta a la de la residencia de la víctima puedan formular la denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia.

<sup>60</sup> Tampoco se han formulado reservas en este punto.

En el informe explicativo se menciona que las reservas no deberán abarcar los casos en los que la persona está viviendo en el extranjero por un período limitado de tiempo y por motivos laborales, así quienes están en misiones humanitarias o militares u otras similares.

ante un tribunal competente en virtud del hecho de que el presunto delincuente es nacional suyo o persona con residencia habitual en su territorio (art. 25.6).

Ante la tesitura de que dos o más Partes del convenio reclamen su competencia por un presunto delito de los previstos en el convenio se establece la celebración por aquellas de consultas, en su caso<sup>61</sup>, para determinar la competencia más conveniente a efectos de perseguir el delito (art. 25.8).

En este contexto habría que resaltar que el propio convenio se ha declarado base jurídica para la asistencia judicial mutua en materia penal o para la extradición en los delitos de explotación y abuso sexual de niños cuando esos mecanismos de cooperación judicial estén condicionados a la existencia de un tratado internacional y éste no exista (art. 38.3).

e) Medidas de naturaleza procesal

El convenio incide sobre las cuestiones de naturaleza procesal en su capítulo VII (Investigación, enjuiciamiento y derecho procesal), que se inicia asentando una serie de principios de referencia como son los relativos a que las investigaciones y las actuaciones penales han de realizarse con base en el interés superior del menor y el respeto a sus derechos (art. 30.1); a la protección de la víctimas, de forma que las investigaciones y las actuaciones penales no agraven el trauma sufrido por el niño (art. 30.2)<sup>62</sup>; a la prioridad de la investigación y actuación penal y a la exclusión de retrasos injustificados (art. 30.3); a un juicio justo e imparcial en el que se reconozcan los derechos de defensa (art. 30.4); y la garantía de una investigación y enjuiciamiento efectivo de los delitos de explotación y abuso sexual de niños. En conexión con la investigación se admite la posibilidad de las investigaciones secretas y en el caso de los delitos relativos a la pornografía infantil se permite que los servicios de investigación identifiquen a las víctimas, en particular analizando el material de pornografía infantil (así fotografías y grabaciones audiovisuales) transmitido o accesible a través de las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 30.5). Es interesante también la previsión

---

<sup>61</sup> A modo de ejemplo se cita en el informe explicativo que no proceden las consultas cuando una parte conoce que la otra no va a proceder o considera que seguir el trámite de la consulta puede dañar su investigación o procedimiento.

<sup>62</sup> De nuevo aquí se menciona la necesidad de que la respuesta penal se acompañe de asistencia.

de que la incertidumbre sobre la edad de la víctima no pueda ser un obstáculo para la iniciación de la investigación (art. 34.2). A esos principios se suman otros como el principio de especialización en la lucha contra la explotación y el abuso sexual de menores de todos los que intervienen en las investigaciones (art. 34.1) y en los procedimientos judiciales (art. 36.1), el principio de perseguibilidad de oficio de estos delitos (art. 32)<sup>63</sup> o el principio de no prescripción antes de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad de los delitos de abusos sexuales, de los delitos de reclutamiento a un niño para que se dedique a la prostitución o favorecer la participación de un niño en la prostitución, del delito de obligar a un niño a dedicarse a la prostitución o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines, de los delitos de reclutamiento de un niño para que participe en espectáculos pornográficos o el favorecimiento de la participación del niño en tales espectáculos y de los delitos consistentes en obligar a un niño a que participe en espectáculos pornográficos o en beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines (art. 33).

La protección de las víctimas es objeto de especial atención, recogándose en el artículo 31 todo un elenco de medidas generales de protección de sus derechos e intereses, especialmente en su calidad de testigos, en los procesos penales<sup>64</sup>; atendándose particularmente a

---

<sup>63</sup> A tenor del convenio los delitos de explotación y abuso sexual son delitos públicos de forma que su investigación o enjuiciamiento no puede estar condicionado a que la víctima denuncie o ejerza la acusación, no pudiendo tampoco la retractación de la víctima impedir la continuación del procedimiento.

<sup>64</sup> De acuerdo con el artículo 31 los Estados tienen que: a) informar a las víctimas de sus derechos y de los servicios a su disposición y, a menos que no deseen recibir esa información, del seguimiento de su denuncia, los cargos imputados, el desarrollo general de la investigación o el procedimiento y su papel en el mismo, así como la resolución dictada; b) velar por que, al menos en los casos en que las víctimas o sus familias puedan estar en peligro, se informe a las mismas, si es necesario, de la puesta en libertad temporal o definitiva de la persona enjuiciada o condenada; c) ofrecerles, de manera compatible con las normas procesales del derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de aportar elementos de prueba y de elegir los medios para que se expongan, directamente o por un intermediario, sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones y se examinen los mismos; d) prestarles los servicios de apoyo apropiados, de manera que se expongan y se tengan debidamente en cuenta sus derechos e intereses; e) proteger su intimidad, su identidad y su imagen, adoptando medidas, de conformidad con el derecho interno, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación; f) salvaguardar a ellas, a sus familias y a los testigos de cargo de cualquier intimidación, represalia o nueva victimización; g) velar por que las víctimas y los autores de los delitos no tengan contacto directo en las dependencias judiciales o de las fuerzas del orden, a menos que las autoridades competentes decidan otra cosa en el interés superior del niño o por necesidades de la investigación o del procedimiento judicial. Además garantizarán a las víctimas, desde

la cuestión de las entrevistas con el niño (art. 35)<sup>65</sup>; y previéndose la posibilidad de que la audiencia se celebre a puerta cerrada o que la audiencia de la víctima se lleve a cabo sin necesidad de que ésta esté presente, pudiéndose recurrir en particular a las tecnologías de la comunicación (art. 36.2).

Por otra parte, aunque en conexión con las cuestiones procesales, hay que destacar que el convenio ordena la creación por parte de cada Estado de un registro de almacenamiento de datos sobre la identidad y el perfil genético de las personas condenadas por estos de-

---

su primer contacto con las autoridades competentes, el acceso a la información sobre las correspondientes actuaciones judiciales o administrativas; el acceso a asistencia letrada cuando las mismas puedan actuar en calidad de partes en el procedimiento penal, de forma gratuita cuando esté justificado; preverán la posibilidad de que las autoridades judiciales designen a un representante especial para la víctima cuando, en virtud del derecho interno, la misma pueda actuar en calidad de parte en el procedimiento penal y los que ejerzan la patria potestad sean privados de la facultad de representarla en dicho procedimiento como consecuencia de un conflicto de intereses con ella; preverán la posibilidad de que grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales asistan y/o apoyen a las víctimas, con su consentimiento, durante las actuaciones penales relativas a los delitos tipificados según lo dispuesto en el presente Convenio; y velarán por que la información proporcionada a las víctimas de conformidad con las disposiciones del presente artículo se facilite de una manera adaptada a su edad y a su grado de madurez, y en una lengua que puedan comprender.

<sup>65</sup> Artículo 35. *Entrevistas al niño*.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que:

- a) Las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada después de que se hayan denunciado los hechos a las autoridades competentes;
- b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin;
- c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto;
- d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas;
- e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal;
- f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona.

2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno.

3. En caso de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima o cuando existan motivos para creer que se trata de un niño, serán de aplicación las medidas prevista en los apartados 1 y 2 hasta que se averigüe su edad.

litos, adoptándose las medidas necesarias para que esa información pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte (art. 37).

### 3. La regulación penal española contra la explotación y el abuso sexual de niños a la luz del Convenio

#### 3.1. Consideraciones previas

El Código penal español recoge en el título VIII de su libro II, bajo el enunciado legal «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» (arts. 178 a 194)<sup>66</sup>, una serie de figuras delictivas conectadas con la sexualidad humana, que en buena parte afectan efectivamente a la libertad e indemnidad sexual —así lo anticipa la rúbrica legal— o a la libertad sexual, como defiende un sector minoritario pero muy cualificado de la doctrina<sup>67</sup>, y que en algún caso inciden más bien sobre la dignidad y el desarrollo de la personalidad. A través de todas ellas el Derecho penal trata de intervenir en un ámbito especialmente controvertido, como es el de la sexualidad humana, en el que se suscitan múltiples cuestiones que no acaban definitivamente de ser resueltas, tal y como lo evidencia el continuo proceso de reforma que ha experimentado este título del Código penal desde su aprobación. Una de ellas, seguramente la más ardiente, como tenemos ocasión de comprobar cada vez que desgraciadamente acontece un episodio de agre-

---

<sup>66</sup> La mencionada rúbrica procede en parte —«delitos contra la libertad sexual»— de una profunda reforma que en este ámbito experimentó el Código penal de 1973 por LO 3/1989, de 21 de junio, mediante la que se trataba de poner fin a la conexión que tradicionalmente se había establecido entre las conductas sexuales y una determinada moral; vinculación que se expresaba en el propio título: «delitos contra la honestidad». La otra parte —«...e indemnidad sexuales»— se añade a raíz de la modificación que el Código penal sufrió con la aprobación de la LO 11/1999, de 30 de abril, con el objetivo, según reza la exposición de motivos de esta ley, de «garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces».

<sup>67</sup> Díez Ripollés, J.L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Díez Ripollés, J. L./ Romeo Casabona, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 233-242; Boix Reig, J./ Orts Berenguer, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en Quintero Olivares, G./ Morales Prats, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, 2001, p. 1016. También Caruso Fontán, M. V., Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 164 a 174, o en «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor» en *RP*, 2011, n.º 28, p. 32.

sión o abuso sexual a niños, es la relativa precisamente a la sexualidad de los menores y la protección que en relación con la misma ha de dispensarse. Ésta ha adquirido en el momento presente, como apuntábamos anteriormente, una dimensión internacional que está influyendo en nuestra legislación interna al hilo de cada una de las reformas que ha ido experimentando el citado título VIII<sup>68</sup>, enmarcadas todas ellas en una misma línea de política criminal, de signo opuesto a la rectora cuando se aprobó el Código penal en 1995, tendente a tranquilizar a una sociedad especialmente sensibilizada con todo lo relativo a los niños a base de la creación de figuras delictivas que capten nuevas formas de ataque y del endurecimiento la respuesta penal. La última de las reformas del Código penal, operada por la LO 5/2010, ha afrontado además una reestructuración de la regulación de las agresiones y abusos sexuales, en atención, según se explica en la exposición de motivos de esa ley, al mayor contenido de injusto que presentan los delitos sexuales cuando la víctima es un menor; menor de trece años habría que precisar tomando en consideración la reforma de los delitos sexuales ejecutada. Estando de acuerdo con esta afirmación, debido al mayor desvalor de acción y de resultado que entrañan los delitos sexuales en perjuicio de éstos como consecuencia de la merma e incluso ausencia de defensa posible por parte del me-

---

<sup>68</sup> La LO 11/1999, de 30 de abril, había tratado, según reza la exposición de motivos de la misma, de «garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces», mediante la reintroducción en el Código penal del delito de corrupción de menores o incapaces, la tipificación de nuevas figuras delictivas en materia de pornografía infantil (la utilización de menores o incapaces para la elaboración del material pornográfico, la financiación de las actividades de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y de elaboración de material pornográfico utilizando a menores; la producción, venta, distribución, exhibición de ese material o la facilitación de esos actos y la posesión de ese material para la realización de tales conductas; la agravación de la pena por pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a tales actividades), la ampliación del delito de acoso sexual y la introducción del tráfico de personas para su explotación sexual, y la revisión de las penas. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificó el artículo 188 para castigar a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona y reconducir a un nuevo artículo 318 *bis* la conducta del tráfico de personas para su explotación sexual. La LO 15/2003 incidió posteriormente sobre la regulación de estos delitos y, concretamente, en esta ocasión, en las agresiones y abusos sexuales cualificados, con el objetivo de impedir interpretaciones de las normas que obstaculizasen castigar conductas de especial gravedad, y en la explotación sexual de menores e incapaces, que comportaba una reforma importante del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica tipificadora e introduciendo nuevos tipos penales como el delito de posesión para el uso propio de material pornográfico en el que se hayan utilizados menores o incapaces o el tipo de pornografía virtual infantil (Exposición de motivos III).

nor y de la afectación que esas conductas tienen en su bienestar y en el desarrollo de su personalidad sexual, cabría llamar la atención, no obstante, sobre la confusa explicación que de tal incremento de injusto realiza el legislador, «por lesionarse no solo su indemnidad sexual, entendida como el derecho de no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor», en la que parecen mezclarse los conceptos de libertad sexual, que el legislador predica de aquellos que tienen capacidad para autodeterminarse en el plano sexual, y de indemnidad sexual, que conecta con quien carecen de tal capacidad<sup>69</sup>.

A raíz de lo dicho, se ha introducido, entre otras cuestiones, un nuevo capítulo, el capítulo II *bis*, «de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en el que se han ubicado los abusos y agresiones sexuales que tienen por víctima a un menor de trece años. En éste, pero también en los restantes capítulos que componen el título VIII<sup>70</sup>, dado que la protección de los menores en su esfera sexual no se condensa en aquél, nos detendremos a continuación a los efectos de comprobar la sintonía de la legislación española con las disposiciones penales del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.

### 3.2. Figuras delictivas

#### a) Abuso sexual

A los efectos de determinar la conformidad de la regulación de los delitos de abusos sexuales a menores en nuestro Código penal con las obligaciones emanantes del convenio sobre este particular, vamos a comenzar destacando que la LO 5/2010, de reforma del Código penal,

---

<sup>69</sup> Así Dolz Lago, M. J., «Los delitos de pederastia», en *RJL*, 2010, n.º 7534 (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista).

<sup>70</sup> Desde un punto de vista estructural el título VIII consta de siete capítulos, el último de los cuales recoge unas disposiciones comunes a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, es decir, comunes a las agresiones sexuales (cap. I), a los abusos sexuales (cap. II), a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (cap. II *bis*), al acoso sexual (cap. III), a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (cap. IV) y a los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (cap. V).

al dotar de autonomía a los abusos y agresiones sexuales cometidos contra menores de trece años parece haber prescindido de la presunción legal de invalidez del consentimiento prestado por un menor de esa edad en la esfera sexual que se recogía en el derogado artículo 181.2<sup>71</sup>. Este hecho podría suscitar la cuestión relativa a si se está incumpliendo en nuestra legislación nacional la obligación de los Estados Partes de determinar la edad por debajo de la cual no está permitida la realización de actividades sexuales con un niño. A nuestro juicio la respuesta sería negativa atendiendo al hecho de que esta edad es fijada por nuestro legislador en la descripción típica del denominado legislativamente abuso sexual a un menor, «el que realizara actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años...». Distinto es que de la nueva redacción legal resulte cierta flexibilidad en lo que se refiere al tratamiento de la edad a efectos del consentimiento sexual, adquiriendo relevancia el grado de madurez del menor<sup>72</sup>; de forma que pudiera darse validez al consentimiento del menor cuando se constate que posee «la capacidad para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuadamente y justamente el significado y el alcance del acto que realiza» (STS n.º. 476/2006, de 2 de mayo, FJ. 2º)<sup>73</sup>. Esta flexibilidad, no obs-

<sup>71</sup> Semejante norma decía «...se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...». Esta presunción fue interpretada durante mucho tiempo por nuestros tribunales como una presunción *iuris et de iure*, aunque parte de la doctrina, incluso antes de la regulación de las presunciones legales y judiciales por parte de la vigente LEC, se habría pronunciado a favor de considerarla una presunción *iuris tantum*. Así Muñoz Clares, J., «Estudio jurisprudencial sobre la presunción de in consentimiento a efectos sexuales por menores de 13 años de edad», en *RGDP*, 2009, n.º. 12, pp. 4-7.

<sup>72</sup> De esta opinión Monge Fernández, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. JM Bosch, 2011, p. 120; Cugat Mauri, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 229, si bien limita esta flexibilidad a las relaciones sexuales entre adolescentes; criterio que comparte Cancio Meliá, M., «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *LP*, 2011, n.º. 80, p. 14.

<sup>73</sup> Algunos autores, sin embargo, siguen considerando que los menores de 13 años son incapaces *iuris et de iure* de otorgar un consentimiento legalmente válido en el plano sexual. Así Gómez Tomillo, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Lex Nova, 2010, p. 728; Tamarit Sumalla, J. M., «Libro II: Título VII: Capítulo II bis (Art. 183)», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6ª ed. Aranzadi, 2011, p. 1182. En igual sentido ya se pronunciara el Consejo Fiscal en su informe sobre el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 109.

tante, para mantenerse en la línea del convenio parece que debería operar únicamente en relación con la realización de actos sexuales entre menores de edades próximas.

Las conductas constitutivas de abuso sexual de acuerdo con el convenio revisten con arreglo a nuestro Código penal la condición de agresiones y abusos sexuales. La agresión sexual, individualizada por el empleo de violencia o intimidación en el atentado contra la libertad sexual o la indemnidad sexual de la persona, atraparía los casos en los que se recurre a la coacción, a la fuerza o a la amenaza para la realización de actividades sexuales con un niño. El resto de supuestos aparecen captados por los delitos de abuso sexual.

A raíz de la reforma del Código penal por la LO 5/2010, como ya hemos mencionado, la tipificación de los delitos de agresiones y abusos sexuales se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la edad de la víctima, de manera que a los artículos 178 a 180 (agresión sexual básica, violación y otras agresiones sexuales cualificadas) son reconducidas las agresiones sexuales a personas de 13 o más años y al artículo 183.2 (agresión sexual básica), 183.3 (violación), 183.4 y 183.5 (agresiones sexuales cualificadas) las agresiones sexuales a menores de 13 años. Los abusos sexuales de los que pueden ser objeto estos últimos se describen en el artículo 183.1 (abuso sexual básico), 183.3, 183.4 y 183.5 (abusos sexuales cualificados). Los abusos sexuales a menores de edad que ya habían cumplido los 13 años se tipifican en los artículos 181 (abuso por ausencia de consentimiento o prevalimiento de superioridad) y 182 (abuso fraudulento)<sup>74</sup>.

#### b) Delitos relativos a la prostitución infantil

La tipificación de los delitos relativos a la prostitución infantil se realiza en nuestro Código penal en los artículos 187 y 188, constituyendo el elemento central de la misma la prostitución de un menor. En el primero de los preceptos se castiga tanto a quien induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de una persona menor de edad como, tras la reforma del Código penal por LO 5/2010, a quien solicita, acepta u obtiene a cambio de una remuneración o promesa

---

<sup>74</sup> El sujeto pasivo de este delito tiene que ser la persona mayor de 13 y menor de 16 años.

una relación sexual con un menor de edad (art. 187.1)<sup>75</sup>. En el segundo se recogen las conductas consistentes en emplear violencia, intimidación o engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima para iniciar o mantener a una persona menor de edad en una situación de prostitución (art. 188.2)<sup>76</sup>. A estos tipos penales pueden reconducirse en su mayor parte las conductas contempladas en el artículo 19.1 del convenio, siempre y cuando la expresión prostitución de un menor, carente de un significado unívoco entre los operadores jurídicos, sea entendida, al menos, en el sentido que le da el artículo 19.2 del convenio, esto es, como el «hecho de utilizar a un niño para actividades sexuales a cambio de dinero o de la promesa de dinero, o de cualquier otra forma de remuneración, pago o ventaja, con independencia de que dicha remuneración, pago, promesa o ventaja se ofrezcan al niño o a una tercera persona». La armonía entre la tipificación española de los delitos relativos a la prostitución de menores y las exigencias que suponen las obligaciones asumidas en este convenio, consiguientemente, se hace depender de que el mencionado concepto de prostitución infantil pase a integrar los tipos mencionados, acabando así con los problemas interpretativos y la inseguridad jurídica creada. Este concepto, por otra parte, sería lo suficientemente amplio para dar cabida a todo tipo de contraprestación y no solo la económica y asimismo abarca sin problemas a la prostitución ocasional.

La conducta consistente en beneficiarse de la prostitución de un niño así como aquella que comporta la explotación de éste de cualquier otra manera para la prostitución, sobre las que ya había versado la Decisión Marco 2004/68/JAI, plantean, no obstante, mayores problemas a la hora de constatar su presencia en nuestro Código

---

<sup>75</sup> Nuestros tribunales habían venido manteniendo criterios dispares sobre la relevancia penal de la conducta del cliente de prostitución infantil; situación que determinó que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunciase sobre el particular para unificar criterios mediante un acuerdo no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999. En éste se consideró que la conducta del cliente inducía o favorecía el mantenimiento del menor en la situación de prostitución dependiendo de la reiteración de los actos y la edad más o menos temprana del menor; perdiendo fuerza el primer criterio cuando la edad era claramente inferior a la mayoría de edad, esto es, 13, 14 o 15 años.

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

<sup>76</sup> Obsérvese que el hecho de que la víctima sea menor de 13 años determina la aplicación de un tipo cualificado (arts. 187.2 y 188.3).

penal como consecuencia de su gran indeterminación<sup>77</sup>. Podríamos decir, en atención al mismo, que sí se castiga a quienes se lucran de la prostitución de un menor que ha sido iniciado o mantenido en situación de prostitución mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (art. 188). Fuera de estos casos, algunos de los comportamientos imaginables al amparo de la redacción del art. 19.1.b final, pero no todos, solo podrían ser captados por el delito especial de omisión del deber de impedir la continuación del estado de prostitución en el que se encuentre un menor (art. 189.7), que, no obstante, no requiere que el sujeto activo se beneficie o explote al niño.

### c) Delitos relativos a la pornografía infantil

Al igual que hemos visto sucede con los delitos relativos a la prostitución infantil, la entrada en vigor del convenio en España ha supuesto la obligación de ésta de dar cabida en el concepto de pornografía infantil a «todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales» (art. 20.2)<sup>78 79</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>77</sup> Nótese que esta misma fórmula se utiliza en relación con los espectáculos pornográficos (art. 21.b) y que en ningún caso en el informe explicativo se concretan las conductas amparadas en las mismas.

<sup>78</sup> Obligación que ya había asumido a través del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, donde se establece un concepto de pornografía infantil aún más amplio que el recogido en el convenio, a cuyo tenor aquélla se define como «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales» (art. 2 c). La diferencia entre ambos conceptos se encuentra en que el Convenio Europeo precisa que la representación del niño ha de ser visual y, sin embargo, el Protocolo da cabida a las representaciones no visuales, como serían las realizadas a través de las palabras. De otra opinión Rosa Cortina, J. M., de la, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 35.

<sup>79</sup> Recuérdese que España no se ha reservado el derecho a no tipificar, en todo o en parte, la producción y posesión de pornografía infantil cuando ésta consistiera exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño inexistente; o en ella participen niños con edad para consentir válidamente en la esfera sexual si estas imágenes han sido producidas por ellos y están en su poder, con su consentimiento y únicamente para uso particular.

descripción típica de los delitos de pornografía infantil en nuestro derecho principalmente sobre la base de la utilización de menores para la elaboración del material pornográfico (arts. 189.1.a y b, 189.2), al ser entendida ésta a juicio de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia<sup>80</sup> como la exigencia de una utilización directa de éstos que excluiría, consiguientemente, la llamada pornografía técnica, en la que aparecen adultos aparentando ser menores, y la denominada pornografía virtual pura, en la que la imagen del menor es una creación artificial por ordenador u otro medio<sup>81</sup>, determina que muchas de las conductas cuya tipificación pretende el convenio no sean captadas por nuestros tipos penales. Existe, no obstante, un tipo penal residual en el que sería subsumible la producción, venta, distribución, exhibición o facilitación por cualquier medio de material pornográfico, en el que no habiendo sido utilizados directamente menores, se emplee su imagen alterada o modificada (art. 189.7)<sup>82</sup>.

Por otra parte, y dejando de lado el problema que suscita el concepto de pornografía infantil, todas las conductas relativas a la pornografía infantil cuya tipificación como delito exige el convenio, con excepción de la adquisición de pornografía infantil (art. 20.1 d), cuando no se adquiere la posesión, y de la relativa al acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 20.1 f), son constitutivas de delito a tenor de los artículos 189.1.b) —producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento<sup>83</sup>, facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición o posesión para esos fines—, 189.2 —posesión para uso propio de material de pornografía infantil— y el ya mencionado artículo 189.7. La adquisición para sí o para otro de pornografía infantil podría quedar subsumida en el primer caso si se alcanza la posesión del material pornográfico a la posesión para uso propio; y en el segundo caso podría dar lugar a alguna de las modalidades típicas del artículo 189.1.b.

<sup>80</sup> En el mismo sentido la FGE en su Consulta 3/2006.

<sup>81</sup> Cugat Mauri, M., «Prostitución y corrupción de menores», en Álvarez García, J. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial I*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 509.

<sup>82</sup> Este tipo penal contempla también el uso de la voz alterada o modificada de un menor, que sería una conducta cuya tipificación no exige el convenio al acotar el contenido de material pornográfico a aquel que represente de forma visual a un niño.

<sup>83</sup> La conducta consistente en ofrecer se introduce en el tipo con la reforma por LO 5/2010.

d) Delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos

Las conductas concernientes a la participación de niños en espectáculos pornográficos cuya tipificación como delito persigue el convenio se contemplan en nuestro Código penal en su mayor parte.

El artículo 189.1.a) tras su modificación por la LO 5/2010 ha añadido a las conductas consistentes en utilizar a menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, en utilizarlos para elaborar cualquier clase de material pornográfico y en financiar estas actividades, las conductas de captación de menores con tales fines y de lucrarse con tales actividades<sup>84</sup>, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 letra a y b de la Decisión Marco 2004/68/JAI de la Unión Europea<sup>85</sup>. Así las cosas, desde la perspectiva del convenio resta por tipificar la conducta consistente en asistir, con conocimiento de causa, a los espectáculos pornográficos en los que participen menores<sup>86</sup>.

e) Corrupción de niños

La corrupción de niños tal y como se describe en el convenio aparece como un precepto subsidiario mediante el cual se trataría de preservar a los menores que no tienen reconocida legalmente la capacidad de consentir libremente en materia sexual de comportamientos consistentes en hacerles presenciar, con fines sexuales, abusos sexuales o actividades sexuales, aunque ellos no participen. Estas conductas podrían ser constitutivas con arreglo al Código penal es-

---

<sup>84</sup> Obsérvese que en este caso se castiga toda actividad de lucro con independencia de que se empleen medios violentos o se abuse de determinadas situaciones en las que se halle el menor para lograr su utilización en los espectáculos pornográficos.

<sup>85</sup> Nótese que existe un tipo cualificado por la utilización de menores de trece años (art. 189.3).

<sup>86</sup> Algunos autores han realizado una interpretación del artículo 189.1.a), a nuestro juicio forzada, favorable a la inclusión en la misma de este tipo conducta en el entendimiento de que con su asistencia aportan una cantidad de dinero al espectáculo que sostiene el mismo. Así Gómez Tomillo, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPCR*, 2005, n.º. 07-04, p. 28.

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

pañol de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186).

f) Propositiones a niños con fines sexuales a través de las TICs

El delito de proposiciones a niños con fines sexuales o *solicitation* se ha introducido en nuestra legislación a raíz de la reforma del Código penal por LO 5/2010. A través de esta nueva figura delictiva, conocida en la doctrina por distintas denominaciones (*child grooming* o ciberacoso sexual infantil o acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales, acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC), se persigue dispensar protección penal frente a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación con fines sexuales contra los menores. Su tipificación se realiza en el artículo 183 *bis*, a cuyo tenor «el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Nuestro tipo penal estando en consonancia con las exigencias del convenio (art. 23), parece presentar en principio un ámbito de aplicación mucho más amplio. En primer lugar, no se ha acotado la condición de sujeto activo del mismo a los adultos. Y en segundo lugar, la finalidad sexual de naturaleza delictiva que guía la realización del acercamiento tecnológico no queda limitada a la realización de actividades sexuales con un niño que no haya alcanzado la edad legal para realizar las mismas (art. 18.1 a convenio) y a la producción de pornografía infantil (art. 20.1 a convenio). A tenor de nuestra regulación legal, el sujeto activo de este delito podría pretender cometer cualquier delito de agresión, abuso sexual o de pornografía de menores<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> Ampliamente Ramos Vázquez, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», en *RJL*, 2011, n.º. 7749 (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista); o González Tascón, M.M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *EPC*, 2011, vol. XXXI, pp. 207-258.

g) Circunstancias agravantes

Siendo muchas, sobre todo tras la reforma de 2010, las circunstancias que específicamente se han vinculado a una buena parte de los delitos sexuales para agravar la pena, era difícil que no se acogiese entre ellas, en todo o en parte, el elenco de circunstancias agravantes que se prevén en el artículo 28 del convenio. Sin embargo, se aprecia alguna omisión, parcial o total, como el hecho de que delito haya lesionado gravemente la salud física o mental de la víctima o la circunstancia de que el sujeto activo conviva con el niño. Pero sobre todo habría que destacar que tales circunstancias no se proyectan a todos los delitos de abuso y explotación sexual como ordena el convenio; adoleciendo, por otra parte, nuestra regulación de cierta desarmonía en su vinculación a los tipos penales<sup>88</sup>.

En relación con la circunstancia agravante de reincidencia (haber sido el sujeto condenado anteriormente por delitos de la misma naturaleza), que en nuestro derecho opera como circunstancia agravante ordinaria, se dispone además la obligación del reconocimiento de las condenadas dictadas en el extranjero. Y en este punto se aprecia una vez más los desacordes entre lo dispuesto en nuestro Código penal y lo previsto en el convenio. Así mientras éste en su artículo 29 extiende el reconocimiento de la reincidencia internacional a todos los delitos tipificados con arreglo al mismo, el artículo 190 de nuestro Código penal solo reconoce la misma en los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores.

### 3.3. *Consecuencias jurídicas*

Bajo el enunciado «sanciones y medidas» afronta el Convenio las cuestiones relativas a las consecuencias jurídicas que han de asociarse a la comisión de los delitos de abuso y explotación sexual de niños tanto cuando éstos han sido ejecutados por personas físicas

---

<sup>88</sup> A modo de muestra llama la atención que en relación con las agresiones sexuales a personas mayores de 13 años exista un tipo cualificado basado en que el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones de los artículos 149 y 150 del Código penal, y en cambio en el caso de las víctimas menores de 13 años se exige para la cualificación del hecho que se haya puesto en peligro la vida del menor (con independencia del medio); o que en los delitos relativos a la prostitución exista un tipo cualificado basado en el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público y no en los tipos relativos a la pornografía infantil y a la corrupción de menores.

como por personas jurídicas. Muchas de ellas, aunque no todas, están previstas ya en nuestro Código penal.

En concreto hemos constatado que efectivamente nuestro legislador ha considerado al igual que el Convenio que la gravedad de estos delitos les debe hacer merecedores de una pena privativa de libertad. Esta pena cumple además con la exigencia del Convenio relativa a que la misma haga posible la extradición del delincuente presunto o culpable.

Conforme a nuestro derecho interno esto significa en otras palabras que esos delitos se han de sancionar con una pena cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado o límite máximo (art. 2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva)<sup>89</sup>. Todos nuestros tipos penales, como apuntábamos, cumplen con esta exigencia, a excepción del tipo del artículo 187.1 que por inexcusable descuido del legislador no ha concretado la clase de una de sus penas<sup>90</sup>. El hecho, no obstante, de que en algún caso se prevea como alternativa a la pena de prisión una pena de multa no empaña lo dicho.

También se contempla en nuestro Código penal dos penas principales que afectan a la patria potestad, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, que se extiende igualmente al ejercicio de otros cargos de derecho de familia (tutela, curatela, guarda), y la privación de la patria potestad (art. 192.3). Además, tras la reforma del Código penal en 2010, se ha articulado la aplicación, imperativa o facultativa dependiendo del caso, de la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 192.1), que prolonga el control de estos condenados más allá del cumplimiento de una pena de prisión<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> En igual sentido el artículo 5 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

Por otra parte, nuestra legislación en materia de detención y entrega de presuntos o culpables delincuentes cumple con las obligaciones recogidas en el artículo 2 del Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957

<sup>90</sup> Véase Traperó Barreales, M. A., «Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por «olvidos» en las reformas penales», en *RJL*, 2011, n.º 7335 (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista).

<sup>91</sup> La duración de la medida de libertad vigilada está en función de la gravedad del delito o delitos por los que se condena al sujeto. Si se trata de un delito menos grave, esta medida de seguridad podrá oscilar entre uno y cinco años. Si este delito está en concurso con un delito de naturaleza sexual grave, la duración de la libertad vigilada podrá abarcar de cinco a diez años. Se ha contemplado, no obstante, la posibilidad en el caso del delincuente primario que comete un único delito de naturaleza sexual menos grave de que el tribunal no imponga esta medida de seguridad atendiendo a la menor peligrosidad del autor (art. 192.1).

La articulación de programas o medidas de intervención específicos para los condenados por estos delitos que sienten atracción sexual por los menores se podría realizar durante el cumplimiento de la pena de prisión y de la medida de seguridad de libertad vigilada y asimismo en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y de la sustitución de ésta.

La posibilidad de denegar al autor, con carácter temporal o definitivo, el ejercicio de la actividad profesional o benéfica que conlleve el contacto con niños y con ocasión de la cual se haya cometido el delito, sin embargo, solo en parte está cubierta en nuestra legislación a través de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y oficio que puede operar como pena principal facultativa (art. 192.3) o como pena accesoria (art. 56.1.3<sup>a</sup>). Y decimos solo en parte con base en dos motivos: por un lado, esta pena tiene una duración temporal y, por otro lado, esta pena no afecta al desarrollo de actividades benéficas.

Tampoco se recoge en nuestro Código penal la posibilidad de cerrar temporal o definitivamente el establecimiento utilizado para cometer estos delitos fuera de los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>92</sup>.

Las penas que contempla nuestro Código penal para las personas jurídicas responden en su contenido a las exigencias del convenio<sup>93</sup>. E igualmente está en consonancia con éste la regulación del comiso (art. 127).

### *3.4. La competencia judicial de los tribunales españoles*

La competencia judicial de los tribunales españoles en el orden penal se encuentra regulada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) con arreglo a cuatro principios, de los que nos interesan por la materia que tratamos tres: el principio de territorialidad, el principio de personalidad y el principio de justicia universal.

---

<sup>92</sup> La clausura de los locales podría operar como una sanción administrativa.

<sup>93</sup> Véase artículo 33.7 CP.

Recuérdese que el convenio facultaba a los Estados para decidir el tipo de responsabilidad exigible a las personas jurídicas, habiendo optado nuestro legislador por la responsabilidad penal en el caso de los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores.

El principio de territorialidad, tal y como se materializa en el artículo 23.1 de la LOPJ, determina la competencia de los tribunales españoles para conocer de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio nacional o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. Consiguientemente su articulación ya está en la línea de lo preceptuado por el artículo 25.1. a) b) y c) del convenio<sup>94</sup>. No así por lo que respecta al principio de personalidad, que de acuerdo con el artículo 23.2 de la LOPJ únicamente se acoge con carácter general en su proyección como principio de personalidad activa, limitado además al nacional español y condicionado por una serie de requisitos (que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España fuera parte, no resulte necesario dicho requisito<sup>95</sup>; que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena)<sup>96</sup>.

En consideración al convenio es necesario que la ley española plasme otra manifestación del principio de personalidad activa, la relativa a los residentes habituales en territorio nacional (art. 25.1.e). La necesidad de eludir la aplicación del principio de doble incriminación en los delitos de abuso sexual, los delitos relativos a la prostitución, los delitos de producción de pornografía infantil y los delitos de reclutamiento de un niño para que participe en espectáculos pornográficos o el favorecimiento de su participación en los mismos y de obligar a un niño a participar en tales espectáculos o beneficiarse de él o explotarle de otro modo para tales fines ya está, sin embargo, resuelta con la salvedad que hace nuestra ley al principio de doble incriminación. Tampoco parece que plantee problemas el requisito de previa denuncia en la medida en que también puede presentar la denuncia el Ministerio Fiscal, quien tiene entre sus funciones el ejercicio de la acción penal cuando sea procedente.

El principio de personalidad pasiva que defiende el convenio, a favor tanto de la víctima nacional como de la residente habitual (art.

<sup>94</sup> Criterio asumido anteriormente por el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (art. 4).

<sup>95</sup> Esta salvedad fue introducida por la Disposición final única de la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del CP.

<sup>96</sup> Recuérdese que si solo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

25.2), solo se recoge de forma muy parcial en la LOPJ al amparo del principio de justicia universal, que como es sabido experimentó un gran retroceso en nuestro país con la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre<sup>97</sup>. En primer lugar, este principio se reconoce efectivamente pero con carácter subsidiario<sup>98</sup> en relación con el enjuiciamiento de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y los incapaces (art. 23.4.d). Esta expresión ha venido siendo interpretada en el sentido de dar cabida únicamente a los delitos tipificados en el capítulo V del Título XIII del Libro II de nuestro Código penal<sup>99</sup>. Un hecho que se explica fácilmente si tenemos presente que precisamente ese capítulo tiene como enunciado legal «de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores», y que su introducción a raíz de la Ley Orgánica 11/99 estuvo motivada por la adaptación de la legislación española a las exigencias del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, que, por lo que aquí interesa, como su propio nombre indica, solo versaba sobre la prostitución y pornografía infantil. En el momento actual, sin embargo, debería sostenerse una interpretación más amplia de la mencionada expresión que comprendiese en la misma los abusos y agresiones sexuales a menores dotando a la expresión corrupción de menores de un significado más amplio, desvinculado de los correlativos tipos penales, y en armonía con el movimiento internacional de erradicación de la explotación y abuso sexual de los niños, pues en definitiva las normas tienen que ser interpretadas «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3 CC). De no ser así, habrá que modificar la LOPJ (art. 25.2). Y en segundo lugar, hay que tener presente que mientras la ley se refiere expresamente a la existencia de víctimas de naturaleza española, el hecho de que la víctima tenga residencia habitual en España tendría que ser reconducida a la exigencia de que exista «algún vínculo de conexión relevante con España».

---

<sup>97</sup> Véase, entre otros, Blanco Cordero, I., «Sobre la muerte del principio de justicia universal», en *RGDP*, 2009, n. 12, y Andrés Domínguez, A. C., «La reforma del principio de justicia universal», en *RDP*, 2010, n.º 31, pp. 11-42.

<sup>98</sup> Obsérvese que el Convenio no establece competencias subsidiarias, remitiéndose a la celebración de consultas en caso de controversia entre los Estados al considerarse varios competentes (art. 25.7).

<sup>99</sup> En este sentido Tamarit Sumalla, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed. Aranzadi, 2002, p. 148.

### 3.5. *Aportaciones novedosas del Convenio y exigencias pendientes de cumplimiento por España*

A tenor de la exposición precedente se observa que el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual al tiempo que ha situado en un primer plano el desarrollo por parte de los estados de medidas enfocadas a la prevención en general, a la protección y asistencia de las víctimas y a la intervención con los delincuentes potenciales, presuntos o culpables, ha reavivado la utilización del instrumento penal mediante la ampliación del elenco de conductas merecedoras de relevancia penal.

Profundizando en las líneas abiertas por anteriores instrumentos internacionales sobre la materia y en el trasfondo de una visión del fenómeno de la explotación y el abuso sexual infantil marcada por el binomio oferta-demanda, el convenio ha identificado la necesidad de criminalizar otras conductas ligadas a la pornografía infantil y a la participación de niños en espectáculos pornográficos.

En el caso de la pornografía infantil el convenio aporta como novedad la exigencia de tipificar el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 20.1.f), si bien ese mandato se flexibiliza con el reconocimiento de la facultad de los estados de formular una reserva al respecto. También en parte es novedosa la exigencia de tipificar expresamente la adquisición de pornografía infantil en orden a cubrir posibles lagunas punitivas<sup>100</sup>.

En este punto es de resaltar que ese afán expansionista contrasta con el hecho de haber limitado la consideración de pornografía infantil a las representaciones visuales (art. 20.2), apartándose así del criterio más amplio adoptado en el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (art. 2.c), que da cabida también a las representaciones sonoras.

En el seno de la participación de niño en espectáculos pornográficos aparece como novedad delictiva la conducta consistente en asistir con conocimiento de causa a tales espectáculos pornográficos (art. 21.1.c). Al igual que en el caso anterior se contempla la posibili-

---

<sup>100</sup> Obsérvese que el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia ya preveía la tipificación como delito de la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona (art. 9.1 d), aunque dejaba tal decisión a los Estados.

dad de reserva por parte de los estados, si bien únicamente para los casos en los que esos niños no hayan sido sujetos pasivos de las otras conductas típicas que se describen en el artículo 21.

Estas obligaciones no han sido de momento cumplidas por España, quien, como ya se apuntó, no hizo ningún tipo de reserva a las disposiciones del Convenio.

Sí se ha recogido en nuestra legislación tras la reforma del Código penal por LO 5/2010 la tercera figura delictiva que como novedad aporta el convenio, la denominada proposiciones con fines sexuales a través de las TIC, cuya tipificación como delito se habría promovido en las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa concernientes a la seguridad de los niños en el contexto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Más allá de la tipificación de las conductas penalmente relevantes, cabría recordar como asuntos pendientes de cumplimiento la ampliación del reconocimiento de la reincidencia internacional a todos los delitos de abuso y explotación sexual de niños y algún ligero cambio en el sistema penológico para garantizar que los condenados por estos delitos no realicen actividades profesionales o benéficas que impliquen contacto con los niños.