

# Los delitos relativos a la captación o utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de pornografía infantil, art. 189.1 a) \*

Rosmari Moreno Acevedo

*Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

---

MORENO ACEVEDO, ROSMARI. Los delitos relativos a la captación o utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de pornografía infantil, art. 189.1 a). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-17, pp. 1-32. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-17.pdf>

RESUMEN: La proliferación a través de las TICs de determinados delitos sexuales cuyas víctimas son los menores de edad supone un quebradero de cabeza para la Comunidad internacional que observa cómo se ha convertido en un problema globalizado. De ahí su interés por regular su uso y así evitar que ciertas conductas execrables queden impunes. En este sentido, en el presente trabajo se aborda el estudio de algunos delitos de pornografía infantil, en concreto, las conductas típicas referentes a la captación o utilización de menores de edad previstas en el art. 189.1 a) y el bien jurídico que se protege en ellas. Asimismo, también es objeto de estudio por el interés que despierta el delito de ciber-embaucamiento, art. 183.2 y la relación concursal entre ambos preceptos.

PALABRAS CLAVE: Pornografía infantil, material pornográfico, embaucamiento sexual, victimización del menor, actos preparatorios.

**TITLE: Offences related to the recruitment or use for exhibitionist or pornographic purposes, or for the production of child pornography, art. 189.1 a)**

ABSTRACT: The proliferation through ICTs of certain sexual offences whose victims are minors is a headache for the international community that observes how it has become a globalized problem. Hence its interest in regulating its use and thus preventing certain execrable behaviors from going unpunished. This paper addresses the study of some crimes of child pornography, specifically, the offences related to the recruitment or use of minors described in art. 189.1 a) and the legal right that is protected by them. Likewise, it is also the object of study due to the interest aroused by the crime of cyber-embaucation, art. 183.2 and the legal relationship between both offences.

KEYWORDS: Child pornography, pornography material, online sexual solicitation, child victimization, anticipatory offence.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 5 septiembre 2023

Contacto: [rmmorace@upo.es](mailto:rmmorace@upo.es)

---

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los delitos de captación o utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar dicho material del art. 189.1 a) CP. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Las conductas típicas de captación o utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico. 2.2.1. Captación o utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. 2.2.2. Captación o utilización de menores para elaborar material pornográfico. 3. El delito de ciber-embaucamiento sexual del art. 183.2 CP. 3.1. Bien jurídico protegido. 3.2. El contenido del tipo de injusto. 4. Aspectos concursales. 5. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación CIPEC, (PAID SEJ-047).

## 1. Introducción

La eclosión de Internet y el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) no sólo ha traído consigo bienestar para la humanidad, sino que además está suficientemente constatado que su uso puede servir para delinquir. De ahí que sea lógica la necesidad de controlar la utilización que se les da a las TICs, pues como asevero, pueden llegar a ser una fuente de riesgo en la que el sujeto activo se aprovecha del anonimato para la comisión de comportamientos ilícitos que lesionan o ponen en peligro de forma abstracta, en este caso concreto, la indemnidad sexual del menor y, además, suponen un quebradero de cabeza en orden a su perseguibilidad.

Ese uso malintencionado de las TICs es lo que ha llevado a la Comunidad Internacional a justificar la regulación de determinadas conductas a fin de evitar la victimización de los menores que se encuentran en una posición más de desvalimiento que el resto de los miembros de la sociedad, prueba de ello, es el Convenio de Lanzarote, de 23 de octubre de 2007, aprobado por el Consejo de Europa, cuyo texto es considerado como una normativa internacional<sup>1</sup>, así como el Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest del Consejo de Europa, de 22 de noviembre de 2001<sup>2</sup>. Dentro de nuestro ámbito cabe resaltar entre otros muchos instrumentos normativos la Decisión Marco 2004/68/JAI y la Directiva europea 2011/93/UE que la sustituye, con la pretensión de armonizar la legislación penal de los Estados miembros mediante la previsión de diferentes conductas delictivas relacionadas con los abusos o agresiones sexuales y la explotación sexual de menores –en las que se incluyen tanto la pornografía infantil como la solicitud a través de las TICs por parte del adulto para que el menor envíe material pornográfico a aquél- y en los que, a su vez, se insta a estos Estados a que regulen tales acciones delictivas en el ordenamiento jurídico interno de cada país miembro<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> No sólo forman parte de este Convenio los 47 Estados miembros de la Unión Europea, sino que además lo han ratificado otros 45 Estados en los que se incluyen a modo de ejemplo, Turquía, Suiza, República Checa, etc.

<sup>2</sup> El Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest es un tratado internacional en los que se incluyen al menos 64 países Estados Partes de distintos continentes como España, Chile, Argentina, Estados Unidos, Canadá, entre otros. Se trata del primer tratado sobre delitos cometidos a través de Internet y otras redes informáticas.

<sup>3</sup> Asimismo, por su importancia, es necesario mencionar, por un lado, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de

La obligatoriedad que supuso trasponer la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se ve reflejada en el texto legal con la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la cual constituyó un cambio de paradigma en relación con las modificaciones que había sufrido nuestro Código Penal con anterioridad en cuanto al ámbito del Derecho Penal sexual. En concreto, en lo que a los delitos de pornografía infantil concierne, conllevó la introducción literal del concepto normativo de pornografía infantil o material pornográfico, que tanto habían demandado la doctrina y la jurisprudencia a fin de dejar de tener que interpretar el término pornografía infantil, y de paso establecer una mayor seguridad jurídica con su regulación. Además, de la mencionada inclusión del concepto normativo, la LO 1/2015 sustituyó el término «incapaces» por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

Dicho esto, el trabajo se centra en lo que respecta a los delitos de pornografía infantil al estudio jurídico-penal del art. 189.1 a), en concreto, al objeto tutelado, así como al análisis de las dos primeras modalidades típicas: la captación o utilización de menores o personas con discapacidad con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos y para elaborar material pornográfico infantil.

Asimismo, indicar que el estudio no se detiene en el análisis de la delimitación del resto de conductas típicas que componen el art. 189.1 a), esto es, la financiación de las actividades de pornografía infantil y la de lucrarse con las mencionadas actividades. La razón por la cual no me detengo en ello es que en estas modalidades no se aprecian cuestiones conflictivas relativas a los posibles concursos que pudieran coexistir con el delito tipificado en el art. 183.2.

Esa obligatoriedad de la trasposición también se observa en nuestro Código Penal mediante la previsión de un nuevo delito que se ubica en el apartado segundo del art. 183 ter –tras la modificación por LO 10/2022, de 6 de septiembre, actual art. 183.2-. Ahora bien, la tipificación de la conducta típica en el Código Penal difiere en algunos extremos a la previsión establecida en el instrumento normativo europeo, como se expondrá. Así, mediante el análisis del bien jurídico protegido y la conducta tipificada en el delito de ciber-embaucamiento se observan algunas incongruencias que dan lugar a un conflicto concursal con la conducta de captación o utilización para elaborar material pornográfico infantil.

junio, la cual provocó la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) en la que se contempla y limita la responsabilidad de prestadores de servicios, operadores en la red y proveedores de acceso. De otro, la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, que motivó la reforma de 2015 en relación a la inclusión en el Código Penal de nuevos tipos delictivos cometidos a través de las TIC y de la LECrim en la que se contemplan nuevas medidas de investigación y la creación de una nueva figura como la del agente encubierto informático.

## **2. Los delitos de captación o utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de dicho material del art. 189.1 a) CP**

### ***2.1. El bien jurídico protegido***

Con la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual, el legislador parece declarar que el único objeto tutelado en los delitos sexuales que se regulan en el Título VIII es la libertad sexual cuya titularidad la ostenta todas las personas. De este modo, el legislador de 2022 suprime de la rúbrica el bien jurídico indemnidad sexual que llevaba acompañando al bien jurídico libertad sexual en la nomenclatura del Título desde 1999<sup>4</sup>.

Sin embargo, la rúbrica de un Título no determina realmente el valor protegido en el mismo. Por ello, cabe señalar que la desaparición de la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII no significa que no se haya de tener en cuenta ese valor fundamental para una mejor interpretación de las figuras típicas que se regulan en el ámbito del Derecho penal sexual cuando las víctimas de tales infracciones son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Pues, lo cierto es que el concepto de libertad sexual no resulta suficiente para interpretar los delitos cuyos sujetos pasivos son menores o personas discapacitadas. Así, acertadamente, MUÑOZ CONDE sostiene que cuando se trata de descifrar determinados delitos sexuales cuyos sujetos pasivos son menores y personas discapacitadas es necesario, aparte de la libertad sexual, tener en cuenta otro criterio o concepto adicional cuando se trata de prohibir el ejercicio de la sexualidad con estos sujetos pasivos, aun sin ser contraria a la voluntad del afectado<sup>5</sup>.

### ***2.2. Las conductas típicas de captación o utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico infantil***

La LO 1/2015, de 30 de marzo en opinión de la literatura científica supuso prácticamente la creación de un nuevo Código Penal y, en concreto, incidió aún más si cabe que las anteriores modificaciones del texto legal sobre el Derecho penal sexual. Estas nuevas modificaciones como se ha señalado, afectaron al Título VIII referente

<sup>4</sup> Es del todo conocido que el legislador de 1999 dio un paso fundamental al considerar que la anterior rúbrica del Título VIII del Código Penal de 1995t, denominada “Delitos contra la libertad sexual”, no expresaba adecuadamente, según la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, las exigencias de la sociedad española e internacional en relación con los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también deben considerarse derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrán ser lícitas entre adultos. De esta manera, el legislador de 1999 tipifica de forma más precisa los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de los sujetos pasivos y con las circunstancias concurrentes.

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, 2022, pp. 224 y ss.

a los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” y que estuvieron fundamentadas una vez más en los compromisos internacionales asumidos por España. De esta manera, centrándome en los textos internacionales de ámbito europeo que instan a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones penales, cabe mencionar la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI.

La Directiva europea apremia a los Estados miembros para revisar y adoptar su normativa interna a lo contemplado en el texto internacional, es decir, a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra las actividades delictivas aludidas. Así la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo se hizo eco de la modificación de estos delitos que, según señala, suponen graves violaciones a los derechos fundamentales y especialmente a los derechos de los niños. En tal sentido, deben procurarse la protección y los cuidados necesarios para su bienestar conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos al Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Con la entrada en vigor de la mencionada LO 1/2015 queda definitivamente redactado en todo su contenido tal y como lo conocemos actualmente. Centrándome especialmente en el objeto de estudio en este epígrafe, es decir, el artículo 189.1 a)<sup>6</sup>, es necesario advertir que el legislador de 2015 consigue delimitar el concepto normativo de pornografía infantil en el art. 189.1 *in fine*<sup>7</sup> siguiendo a la Directiva europea. Al menos en su espíritu porque en su redacción se aleja bastante de las previsiones establecidas en el instrumento normativo. Un concepto normativo que había sido reclamado por la doctrina y jurisprudencia por una cuestión de seguridad jurídica desde la reforma de 1999 para hacer frente a conductas de carácter sexual que acechan a los menores.

<sup>6</sup> El art. 189 preceptúa lo siguiente: “1. Será castigado con la pena de uno a cinco años: a) El que capture o utilice a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas”.

<sup>7</sup> El art. 189.1 *in fine* define el concepto de material pornográfico con el siguiente tenor: “a) Todo material que represente de manera visual a un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales; c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícitas o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.

### 2.2.1. *Captación o utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos*

Las figuras típicas de pornografía infantil que se analizan a continuación, y las del siguiente epígrafe –captación o utilización para elaborar material pornográfico- se describen en la letra a) del art. 189.1 junto con otras modalidades típicas como la de financiar actividades relacionadas con la pornografía infantil y lucrarse con dichas actividades, que no son objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

Ciñéndome a las conductas de captación y utilización descritas en el meritado artículo, éstas reúnen las características de los *tipos mixtos alternativos*. A saber, es indiferente que se realice una u otra acción, o ambas a la vez, para que constituya el tipo penal. O, dicho de otro modo, esto conlleva la apreciación de un sólo delito cuando el sujeto activo capta al menor o a la persona con discapacidad, o lo utiliza, o bien lo capta y lo utiliza para los fines previstos en el tipo –art.189.1 a)-.

La acción de «*captar*», que se incorpora tras la reforma de 2010<sup>8</sup> es la primera que se describe en el tipo. En el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se menciona la necesidad de tipificar nuevas conductas como la referente a la captación de impúberes, púberes y adolescentes para su participación en espectáculos pornográficos. Su justificación material, en cuanto a su tipicidad, se sustenta en la adaptación de la normativa española a las exigencias derivadas de la DM 2004/68/JAI, relativa a lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sustituía por la Directiva 2011/93/UE.

Con la transposición de la Decisión Marco queda patente la voluntad del legislador de introducir una conducta nueva y distinta a la de *utilizar*. De hecho, literalmente los verbos «*captar*» y «*utilizar*» no tienen el mismo significado. «*Captar*» significa atraer o ganar la voluntad de una persona mientras que el verbo «*utilizar*» es aprovecharse de una persona o cosa. Así, dentro del contexto del art. 189.1 a) «*captar*» equivale a ganarse la voluntad o convencer a una persona para que participe en espectáculos exhibicionistas o pornográficos sin necesidad de utilizar a la persona en dichos espectáculos.

Su regulación en un primer momento estuvo llena de críticas y al mismo tiempo de alabanzas. En efecto, la doctrina científica no mostró unanimidad en favor de su incorporación al texto legal. De hecho, un sector doctrinal mantiene que la redacción dada al artículo 189.1 a) permite despejar posibles dudas que puedan surgir sobre la interpretación del tipo penal, al tipificarse expresamente «*captar*» junto con la de «*utilizar*». Pero, a pesar de ese apoyo en la previsión legislativa muestran la objeción

<sup>8</sup> Antes de su tipificación expresa por la reforma de 2010 la acción típica captar sólo podía castigarse como tentativa respecto de la «utilización». Sin embargo, la FGE en la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, incluía dentro de la conducta utilizar, acciones como la de captar menores o convencerles para que se prestasen a la elaboración de material exhibicionista o pornográfico.

respecto del establecimiento de la misma pena para ambas conductas. Y realmente no les falta razón en su postura, ya que estas dos conductas comportan distinta gravedad en relación con el bien jurídico protegido<sup>9</sup>.

De manera distinta al planteamiento positivo de su regulación, se posicionan otras voces más críticas a su previsión. De este modo, este sector arguye que si bien es cierto que la conducta «captar» se prevé en el art. 2 b) de la DM 2004/68/JAI también aparece descrita en el art. 177 bis referente a la trata de personas para su explotación sexual, cuyo tipo incluye la pornografía en el apartado 1. b). Por consiguiente, en opinión de esta vertiente crítica, la previsión simultánea de las dos modalidades típicas, es decir, el art. 189.1 a) y el art. 177 bis deviene en una duplicidad típica. A este respecto cabe advertir que, en mi opinión, la solución que plantean los autores críticos a su tipificación, constituye realmente una cuestión de índole concursal, y como acertadamente afirma CUGAT MAURI, cada uno de los tipos referenciados posee distinta naturaleza<sup>10</sup>. Esta misma idea debe sostenerse sobre el art. 177 bis, aunque haya sido ampliado su contenido tras la reforma por LO 8/2021, de 2 de junio.

Por otra parte, y en relación a la descripción del tipo de injusto, si se observa, la inclusión del verbo típico captar, de acuerdo con lo manifestado por MUÑOZ CONDE y otros autores, supone la ampliación de la tipicidad abarcando actos previos o actos preparatorios de las modalidades típicas reguladas en la letra a) del art. 189.1<sup>11</sup>, lo que puede suscitar cierta confusión por su ambigüedad. Pues, no queda lo suficientemente clara la finalidad que se persigue, pretendiendo usar a un menor en un espectáculo exhibicionista o bien en la elaboración de material pornográfico. En consecuencia, bajo esta premisa no encaja dentro del ámbito de aplicación de la letra a), la captación que no vaya dirigida con fines o a participar en actos exhibicionistas o pornográficos tanto públicos como privados o a la elaboración de material pornográfico, sino, más bien, la visualización directa de una actividad sexual, según señala MUÑOZ CONDE<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Así también lo mantiene AGUADO LÓPEZ, 2010, p. 392.

<sup>10</sup> CUGAT MAURI, 2010, p. 241.

<sup>11</sup> Del mismo modo, MUÑOZ CONDE, 2015, p. 226. Asimismo, para este autor queda fuera del ámbito típico de la captación, la visualización de una actividad sexual y la que no está dirigida a elaborar material pornográfico como, por ejemplo, el hecho de que el menor se masturbe delante de una cámara web. Aunque para este caso cabría aplicar el artículo 189.4 Cp que contiene una cláusula abierta, y del que duda sea compatible con el principio de seguridad jurídica. Igualmente, para MORALES/GARCÍA, 2011, p. 1227, incriminar la mera captación supone elevar a la categoría de delito consumado lo que en perspectiva de «*inter criminis*» no pasaría del estadio de tentativa o acto preparatorio, y si se observa, la conducta final no es en sentido estricto sólo la utilización del menor en un espectáculo, sino su utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, concluyendo que tal modalidad podría incorporar sin forzar el tenor literal del precepto un acto de reclutamiento. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, 2015, p. 450, sostiene que tal conducta no debería pasar de tentativa o de un acto preparatorio, pero al dotarla de contenido lo suficientemente grave, el legislador la equipara a un delito consumado.

<sup>12</sup> Para ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, 2015, p. 450 se necesita algo más que un simple ofrecimiento a participar en este tipo de espectáculos para la aplicación de esta modalidad típica, por lo que, según matiza, ello requiere que el autor se gane o atraiga la voluntad del menor o persona con discapacidad.

El segundo de los verbos típicos que aparece en la letra a) del precepto es «*utilizar*». Verbo, que significa literalmente, aprovecharse o servirse de una persona como instrumento. De su tenor literal se desprende que tal utilización consiste en emplear o servirse de los sujetos pasivos con dichas finalidades<sup>13</sup>. Precisamente por ello, aunque no se prevé expresamente en el tipo, se requiere que la intervención de la víctima sea activa, esto es, el sujeto pasivo ha de exhibirse en actitud lasciva como objeto provocador o ha de participar en conductas pornográficas<sup>14</sup>. En efecto, el sujeto pasivo tiene que participar activamente en actos con connotación sexual, a diferencia de lo que ocurre en el delito de exhibicionismo en el que es un tercero quien realiza los actos de exhibición obscena, o en el delito de difusión de material pornográfico (arts. 185 y 186).

Esta actitud activa del sujeto pasivo puede consistir en realizar actos de significado sexual en solitario o bien con otras personas mayores o menores de edad, lo que conducirá en este último caso, a un concurso de delitos con el de agresión sexual – anteriormente abusos o agresión sexual- como así refleja la STS de 2 de octubre, 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6342).

Asimismo, la academia se ha preguntado qué debe entenderse por los términos exhibicionista y por pornográfico. Según la mayoría de la literatura científica la exhibición es una situación equiparable a la aparición de los sujetos pasivos desnudos para su contemplación con fines sexuales, es decir, obteniendo placer sexual al visionarlos. Mientras que por pornográfica asumen toda representación de los órganos sexuales con fines sexuales<sup>15</sup>. A este respecto, en mi opinión, plantearse el significado de ambos términos en la actualidad resulta innecesario e irrelevante, por cuanto que el legislador utiliza ambos términos de forma alternativa y las consecuencias penales son idénticas, por lo que a los efectos prácticos es una cuestión que no tiene valor.

A las cuestiones debatidas sobre las imprecisiones descriptivas del tipo se añade otra. El hecho de que nada se dice en el texto legal sobre la implicación que ha de tener la víctima en los espectáculos exhibicionistas o en la escena pornográfica para incurrir en esta modalidad típica. Al respecto, es necesario precisar que la mayoría de la doctrina se inclina por defender la irrelevancia del grado de implicación del

<sup>13</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2019, p. 286, critica la descripción pobre y defectuosa pues no se deja lo suficientemente claro los elementos esenciales de su contenido, lo que puede provocar a la postre, errores sobre su alcance. Sobre todo, cuando haya que concretarse para diferenciarla de la segunda modalidad de explotación que aparece en la letra a) del art. 189.1 Cp, es decir, en cuya elaboración hayan sido utilizadas esos sujetos y que gira en torno al concepto de pornografía infantil.

<sup>14</sup> Así lo exige el art. 2 de la Directiva 2011/93/UE, a cuyo tenor el menor ha de exhibirse participando en una conducta sexualmente explícita o mostrando sus órganos sexuales, no siendo suficiente con la colaboración instrumental.

<sup>15</sup> Esta idea ya era defendida por DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, 1998, p. 132, cuando habla de «actos lujuriosos u obscenos»



sujeto pasivo en los espectáculos exhibicionistas o escena pornográfica<sup>16</sup>. Para sustentar tal planteamiento, destacan el supuesto de la utilización de un menor.

En contra de la visión de la mayoría de la doctrina científica que admite la pasividad de las víctimas en los espectáculos exhibicionistas o pornográficos y, por tanto, la subsunción de tales hechos en el tipo penal, ORTS BERENGUER, se niega a considerar inmerso en el tipo penal la actitud pasiva de las víctimas en los espectáculos. Abundando, señala el autor, que tal participación debe ser una intervención significativa en las escenas exhibicionistas o pornográficas. No siendo suficiente para inculpar la acción en el tipo del art. 189.1 a) el menor que se limite a contemplar actos sexuales realizados por adultos, pues, tal supuesto de hecho encaja mejor en el delito de exhibicionismo, art. 185 Cp<sup>17</sup>. Planteamiento que comparto, a tenor de lo dispuesto en el art. 2 de la Directiva 2011/93/UE, pues la previsión señala que el menor ha de exhibirse participando en una conducta sexualmente explícita o mostrando sus órganos sexuales, sin que sea suficiente con una colaboración instrumental.

En cuanto a la cualidad o naturaleza pública o privada<sup>18</sup> de la representación exhibicionista o pornográfica que se prevé en el artículo, cabe señalar, que es indiferente el número de asistentes que presencien el acto que se representa en tanto que ello no impide que se siga considerando punible la conducta. Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, sin embargo, el concepto de espectáculo va siempre asociado al de público<sup>19</sup>. Afirmación, con la que no estoy totalmente de acuerdo y que habría de matizarse, en el sentido, de que el término espectáculo presenta un segundo significado, el de realizar algo a la vista de otro, o bien que puede ser visionado por terceros. Y precisamente es este último significado el elegido por el legislador por cuanto que de forma concisa señala en el precepto que ese espectáculo puede ser tanto público como privado, es decir, visionado por otro de forma privada o visionado por terceros<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> MORALES/GARCÍA, 2011, p. 1228. Para estos autores la «*ratio legis*» del precepto no limita el ámbito de aplicación del tipo a los supuestos en el que el menor es parte activa de escenas de tipo obscena, sino que el precepto abarca también conductas en las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad y en tales casos, «...el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual ...». De la misma opinión, DE LA ROSA CORTINA, 2011, p. 61; CUERDA ARNAU, 1997, p. 208, manifestando que «...cuando la presencia del menor forme parte (como un intérprete más) de la representación en cuestión, aunque el «papel» que se le hubiere asignado sea meramente pasivo o ni siquiera llegue a aparecer desnudo ...».

<sup>17</sup> En este sentido, ORTS BERENGUER, 2022b), p. 276. En esta línea, se pronuncia TERRADILLOS BASOCO, 2019, p. 383. De igual modo, hacen referencia a este asunto las SSTS 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008/7265); 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017/4484); 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022/1093).

<sup>18</sup> La jurisprudencia también se hace eco de los términos público y privado, así se muestra la STS 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7670), FJ 5º.

<sup>19</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 2012, p. 602.

<sup>20</sup> Por su parte, TERRADILLOS BASOCO, 2019, p. 383, manifiesta que «...el adjetivo “público” remite

Para finalizar, merece mención aparte la cuestión relativa al tipo subjetivo que considero importante subrayar. En la figura típica de captación o utilización que acabo analizar, la actuación del autor debe estar dirigida a la consecución de unas determinadas finalidades.

Es decir, la captación o utilización de las víctimas podrán conformar un delito de pornografía infantil siempre que se realicen con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográfico. Piénsese, en quien utiliza a un menor no para un espectáculo pornográfico, sino para realizar la mendicidad. Pues bien, en el tal caso, si bien el acto llevado a cabo es la utilización, ésta se realiza con una finalidad distinta a la que se pretende castigar en los delitos de pornografía infantil.

Precisamente por ello, este tipo penal tiene que estructurarse en torno a un elemento subjetivo especial distinto al dolo<sup>21</sup>. Y cuando ello ocurre, la doctrina señala que constituyen lo que denomina *delitos de intención*<sup>22</sup> o de *tendencia interna transcendente*, y dentro de esta última clase, a su vez, la subdivide en *delitos de resultado cortado* o *delitos mutilados en uno o varios actos*<sup>23</sup>. Trasladando tal clasificación a la captación o utilización de los sujetos pasivos para las finalidades descritas en el tipo, en mi opinión, estos tipos constituyen delitos de resultado cortado.

A propósito del elemento subjetivo que debe acompañar al dolo surge el debate sobre si debe considerarse implícitamente la finalidad exhibicionista o pornográfica en toda representación gráfica en la que aparezca el sujeto pasivo desnudo. Sobre tal discusión, cabe responder que, en principio, no toda representación gráfica del sujeto desnudo persigue tales finalidades. Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre que fotografía a su bebé mientras lo baña<sup>24</sup>.

a la congregación de una pluralidad indeterminada, mientras que “privado” –que se ejecuta a la vista de pocos– restringe el número de asistentes, pero no elimina su pluralidad». Pues, según el autor, el adjetivo no puede negar el significado del sustantivo al que califica.

<sup>21</sup> Respecto de las conductas que van acompañadas de unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo, señalan ORTS/GONZÁLEZ, 2019, *Compendio de Derecho Penal*, pp. 259 y ss., que determinadas conductas descritas por el legislador llevan incluidas una determinada intención que ha de perseguir el autor «...una referencia anímica o intencional (o utiliza términos que de manera necesaria la entrañan), sin la cual la conducta deviene irrelevante. Estas referencias al ánimo, a la intención o a la finalidad con la que ha de actuar el sujeto activo pertenecen al tipo de acción, pues su carencia priva al comportamiento de significado...» «...y estos elementos no han de confundirse con el dolo». A este tipo de elementos subjetivos especiales del tipo que acompañan la acción es lo que Vives Antón denomina «*intencionalidad objetiva*». En el mismo sentido, BORJA JIMÉNEZ, 1995, pp. 140 y ss.

<sup>22</sup> La categoría de los delitos de intención fue establecida por Binding, K. en 1902, distinguiendo entre delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado. Tal clasificación ha sido aceptada por nuestra dogmática unánimemente como señala BORJA JIMÉNEZ., 1995, p. 140, nota a pie nº. 126.

<sup>23</sup> Según la clasificación de los tipos que ofrece Roxin se distingue los *delitos de intención* o *delitos de tendencia interna transcendente*, que se subdividen a su vez en *delitos cortados de resultado* y los *delitos mutilados en dos actos*. Pues bien, en los primeros, el segundo resultado posterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional. Y en los segundos, el resultado adicional ha de ser provocado por una acción posterior. ROXIN, 2006, p. 317.

<sup>24</sup> El Tribunal Supremo considera que este extremo debe ser probado, según refleje o no, una finalidad

Asimismo, la literatura científica se hace eco sobre la discrepancia entre ambos modos de captación o de utilización. Esto es, el fin o las finalidades que pretende el autor cuando capta o utiliza a su víctima, que según el tenor literal del precepto se describe como: «con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos». Para resolver dónde está la diferencia se vierten distintos planteamientos. Así, según algunos autores la diferencia radica en la inmediatez o temporalidad de tales actos. Para ellos la conducta se incardina en “con fines exhibicionistas o pornográficos” cuando estas acciones tengan lugar sin la presencia de terceras personas y el autor de las imágenes pretenda la divulgación del material por cualquier medio apto. Al respecto, RODRÍGUEZ PADRÓN matiza tal postura, aludiendo a que la expresión señalada la constituye la actuación privada, reservada o destinada a una sola persona<sup>25</sup>.

Sin embargo, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA es partidario de interpretar que el sustantivo «*utilización*» descrito en el supuesto de hecho del precepto es sinónimo de un empleo directo de los sujetos pasivos para el fin pornográfico o exhibicionista<sup>26</sup>. Por su parte, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO llegan a esta misma conclusión, pero de manera indirecta, es decir, a través del delito de exhibición, art. 185 Cp, cuyo artículo requiriere una relación directa e inmediata entre autor y la víctima del delito<sup>27</sup>.

Por el contrario, se apreciará la finalidad de realizar un espectáculo exhibicionista o pornográfico en aquellos casos en que los actos puedan ser presenciados por terceros como espectadores, con independencia de que se haya pagado algún precio<sup>28</sup>.

### 2.2.2. *Captación o utilización de menores para la elaboración de material pornográfico*

Para abordar su estudio se parte de la interpretación literal de los verbos típicos *captar* y *utilizar* coincidiendo con la primera modalidad típica. Así, «*captar*» equivale a ganarse la voluntad o convencer a la víctima para la realización de alguna conducta sexual explícita o para que muestre sus órganos sexuales con fines sexuales; y por «*utilizar*» la de emplear o servirse del sujeto pasivo como instrumento para que participe en actos con connotación sexual.

Aunque los verbos utilizados son comunes en las dos primeras modalidades típicas del art. 189.1 a), la finalidad que persigue el sujeto activo con su realización es

principalmente sexual. Sobre este hecho las SSTS de 20 de octubre 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6439); 24 de febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:492).

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ PADRÓN, 2000, p. 29. En términos parecidos GONZÁLEZ RUS, 2004, pp. 361 y ss., asevera que caben tanto las exhibiciones o manifestaciones pornográficas privadas, a fin de ser utilizadas exclusivamente para el autor, y que serían aquellas referentes a los «fines» como las que se realizan para la elaboración de material pornográfico o en actuaciones públicas, más propias de ser entendidas como de «espectáculos».

<sup>26</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, 1997, p. 174.

<sup>27</sup> MORALES/GARCÍA, 2011, p. 1202.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, 1997, p. 2272.

diferente. En este tipo penal la intención o pretensión del sujeto cuando capta o utiliza a su víctima es para *elaborar* un material, aunque también puede ser entendida, a mi juicio, como sinónimo de: para *confeccionar*, o incluso, para *fabricar*<sup>29</sup>.

En consecuencia, las acciones típicas han de consistir en ganarse la voluntad o convencer al sujeto pasivo para confeccionar un determinado material en el que quede representado todo tipo de prácticas sexuales<sup>30</sup>, o bien, emplear a la víctima como un instrumento para que participe en la elaboración de cualquier clase de material pornográfico, con su consentimiento, -aunque tal consentimiento se reputa inválido, en tanto que en los delitos de pornografía infantil no cabe la aplicación de la cláusula del art. 183 bis-<sup>31</sup>.

A su vez, el material que se elabora sólo puede consistir en virtud del último inciso del art. 189.1 Cp en el concepto normativo de material pornográfico<sup>32</sup>, con independencia del soporte en el que quede registrado o grabado.

El grado de implicación que ha de manifestar el sujeto pasivo en la elaboración del material pornográfico infantil es analizado por un sector doctrinal. Algunas voces afirman que los sujetos pasivos han de mostrar un papel provocador cuando estén

<sup>29</sup> MORENO ACEVEDO, 2023, p. 177.

<sup>30</sup> Dicho material puede fotografiarse filmarse o grabarse para su posterior exhibición o difusión por cualquier medio apto, actualmente Internet, y en concreto, suelen ser difundidos por redes sociales –Twitter, correo electrónico, etc.-.

<sup>31</sup> En la misma línea argumentativa ORTS BERENGUER, 2022, p. 275.

<sup>32</sup> Como es sabido, el concepto material de pornografía infantil fue incluido en nuestro Código Penal en el inciso final del art. 189.1, tras la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, siguiendo la Directiva 2011/93/UE. El Preámbulo de la LO señala que su introducción se realiza con el objeto de acabar con ciertas dudas que respecto de la subsunción de algunos comportamientos y de simplificar a la vez la redacción del art. 189. O dicho con otras palabras, evitar que algunos supuestos relacionados con la pornografía infantil quedaran impunes por no incluirse en el texto legal un concepto de pornografía infantil, que diera seguridad jurídica y permitiese la objetividad del concepto, evitando así las interpretaciones subjetivas. FERNÁNDEZ TERUELO, 2022, pp. 698 y ss.; MORENO ACEVEDO, 2023, pp. 77 y ss.

El meritado inciso del art. 189.1 ofrece una definición de pornografía infantil o en cuya elaboración haya sido utilizadas personas con discapacidad. De este modo, el precepto presenta cuatro supuestos distintos que pretende abarcar las distintas modalidades de pornografía o de material pornográfico que se presentan en la realidad criminológica. Así, las letras a) y b) están referidas tanto a menores de edad como a personas con discapacidad y describen: la primera letra, el material que represente a estos sujetos pasivos participando en una conducta sexualmente explícita. Y la segunda, la representación de los órganos sexuales con fines principalmente sexuales. En cuanto a las letras c) y d) sólo están circunscritas para los menores de edad, y ellas se describen, por un lado, la pornografía infantil técnica realizada por mayores de edad que aparentan ser menores –letra c)- y, de otro, la pornografía infantil virtual o artificial –letra d)-.

A propósito del concepto normativo de pornografía infantil, sólo señalar, aunque sea de modo somero, pues, este tema merece la realización de un trabajo de investigación específico como los que se han realizado ya, que se ha criticado tanto por la academia como por la jurisprudencia que el legislador de 2015 incluyera en tal concepto la pornografía técnica y la virtual o artificial, por cuanto que se sostiene que, en ambos supuestos no existe afección al bien jurídico protegido, indemnidad sexual, en tanto que el titular del mismo –el menor- no está representado realmente en el material. Además, en mi opinión, con la tipificación de estas dos modalidades de material pornográfico se vulneran principios básicos en Derecho Penal, como son: el principio de intervención mínima y el principio de proporcionalidad. Para más ampliación MORENO ACEVEDO, 2023, pp. 99 y ss.

siendo utilizados en la elaboración o confección del material. Con lo cual, no es suficiente para incardinar tales acciones en el tipo el mero hecho de participar de manera «fugaz o episódicas» en el material pornográfico, sin exhibirse o involucrarse en el comportamiento sexual<sup>33</sup>.

Distinta a la apreciación señalada, cabe plantearse si es posible considerar dentro del ámbito de aplicación del tipo aquella conducta en la que la elaboración del material se produce de forma espontánea, sin haber sido previamente planificada. Así piénsese, en el supuesto de dos menores que mantienen una conducta sexual en una habitación y un tercero abre la puerta y aprovecha para realizar varias fotografías o un video del acto sexual que se encuentra. En tal supuesto, considero que lo importante es que la iconografía representa una escena sexual explícita en la que participan menores, pudiéndose, por tanto, incluir dentro del concepto de material pornográfico infantil, con independencia de su planificación o espontaneidad.

La fundamentación material que se infiere del precepto es la de tipificar todas aquellas acciones en las que el autor se sirve de su víctima con la pretensión de que realice prácticas sexuales para la creación, fabricación del material pornográfico infantil. Así, con el reproche penal desplegado por el legislador se pretende evitar la posterior divulgación o distribución, conductas éstas que pueden realizarse *por cualquier medio*, incluso, a través de Internet<sup>34</sup>, con independencia del *soporte* en el que aparezcan registradas<sup>35</sup>, como señala expresamente el artículo.

De la misma manera que le sucediera a la previsión establecida en la primera modalidad prevista en la letra a) del art. 189.1, la que ahora se analiza relativa a la utilización de los sujetos pasivos para elaborar material -incorporada en la reforma de 1999-, tampoco obtuvo el favor entre la doctrina desde un principio, toda vez que se denuncia que para determinados supuestos el precepto resulta ser de difícil aplicación. Además de esta crítica, se unen a ella las dudas por parte de la jurisprudencia en orden a la interpretación a la hora de ser aplicada. En efecto, la labor legislativa es duramente criticada por un sector de la literatura científica desde su inclusión por la reforma de 1999, que sostiene que la redacción del ilícito penal es del todo innecesaria, habida cuenta de la amplitud con la que ya venía descrito el artículo 189.1

<sup>33</sup> ORTS BERENGUER, 2022b), p. 276.

<sup>34</sup> En términos parecidos se posiciona CARMONA SALGADO, 2000, p. 249, aunque obvia la cita expresa a Internet, pero señala que la pretensión legislativa es la de evitar «...un ulterior montaje del material»; CARMONA SALGADO, 2005, p. 297.

<sup>35</sup> Para la mayoría de la doctrina, la previsión «*cualquiera que sea su soporte*» incluida en el precepto constituyó un acierto legislativo en tanto en cuanto con ella se abarca todas las conductas posibles, independientemente del soporte en el que aparezca registrado el material pornográfico, es decir, bien en su forma tradicional como es el papel o bien en su modalidad digitalizada a través de las formas que permiten actualmente los medios tecnológicos. Sin embargo, MORALES/GARCÍA, 2011, p. 1227, mantienen una opinión contraria, en el sentido de que para estos autores tal previsión era del todo innecesaria por cuanto que antes de su inclusión en el precepto, éste ya registraba suficiente amplitud para considerar cualquier modalidad de soporte incluida en el tipo.

con anterioridad a tal modificación. Pero, no sólo se ciñen a esta observación, sino que con el transcurso de los años reprochan que la conducta ilícita ya queda comprendida dentro de la modalidad de utilización de las víctimas «...con fines pornográficos ...»<sup>36</sup>.

Con todo, en mi opinión, resulta totalmente positiva la inclusión de esta modalidad de forma individual en el texto legal, por cuanto que la acción de elaborar cualquier clase de material pornográfico del art. 189.1 a) permite dotar de un contenido independiente a la conducta de utilización de las víctimas con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Abundando en ello, si no se hubiese previsto una tipicidad independiente entre ambas figuras delictivas, resultaría imposible aplicar la conducta de utilización de las víctimas para la creación o elaboración de material pornográfico en aquellos supuestos en donde no quede demostrado ese ánimo tendencial del autor para su posterior exhibición o difusión a terceros. O incluso, en aquellos otros supuestos donde la intención de poseerlo es para sí, es decir, subsumiendo tal conducta en la posesión de material pornográfico para consumo propio.

Aparte de la dualidad típica subrayada, merece destacar la referencia a la expresión «...que el material tuviese su origen en el extranjero o fuere desconocido». Al respecto, CALDERÓN GARCÍA-ESCUDERO afirma que, si bien, según la literalidad del precepto la descripción viene referida tanto para la letra a) como la letra b) del art. 189.1, tal previsión debe ser comprendida exclusivamente para la letra a) del art. 189.1, conforme al principio de justicia universal. Pero, a su vez, matiza, que siempre y en todo caso, se cumplan los requisitos establecidos por la reforma introducida por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LOPJ en materia de justicia universal. A saber, que el responsable del ilícito penal internacional sea español o extranjero con residencia habitual en España, o que la víctima sea española<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En tal sentido, MORALES/GARCÍA, 2011, p. 1227; BOLDOVA PASAMAR, 2004, p. 528; RODRÍGUEZ PADRÓN, 2000, pp. 30 y ss., habla de «...una muestra del ánimo exhaustivo en el agotamiento de las posibilidades de conducta que parece presidir varios apartados de la reforma». ORTS BERENGUER, 2022, p. 276, afirma que este ilícito penal es una subespecie de la modalidad de utilización de los sujetos pasivos para fines pornográficos.

Por su parte, la jurisprudencia a este respecto llega a significar la subsunción de acciones típicas en la STS 24 de octubre 2000 (ECLI:ES:TS:7670:2000) manifestando, que el tipo referente a la utilización de los sujetos pasivos con fines exhibicionistas o pornográficos lleva implícito la elaboración de material pornográfico infantil. Con este panorama, el Tribunal Supremo reconoce expresamente que su ámbito de aplicación abarca sancionar «...la realización de reportajes fotográficos o vídeos cuyo destino ulterior sea la cesión, transmisión o difusión, retribuida o gratuita, a terceros, es decir, ello necesariamente implica la existencia del ánimo tendencial del agente autor del reportaje para su posterior exhibición a otras personas, siendo indiferente que se produzca en un ámbito público o privado y también del número de personas destinatarias de aquella ...». Por consiguiente, también en el fallo jurisprudencial quedan expuestas las dudas acerca del interés práctico de la figura delictiva, recalando que existe ya un tipo que la subsume.

Asimismo, la STS 21 de marzo 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2285) se destaca que la conducta típica de utilización de las víctimas para la elaboración de material pornográfico es sinónima de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

<sup>37</sup> En esta línea, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, 2015, p. 451.

Sobre esta consideración habría que reseñar, que, dado el desarrollo de la tecnología, puede darse el hipotético supuesto que los sujetos pasivos de estas conductas puedan ser utilizados en espectáculos pornográficos, y que tal espectáculo, llegue a otros usuarios sin necesidad de elaborar previamente el material pornográfico. Piénsese, en el caso de que a través de una webcam se transmite en directo *–streaming–* a través Internet un espectáculo pornográfico en el que intervienen menores y al que por su medio de difusión tienen acceso en tiempo real, miles o millones de personas. En parecidos términos, acertadamente ORTS BERENGUER señala la imposibilidad de incriminar a través de la letra a) del art. 189.1 al usuario que a través de *streaming* ve el espectáculo y también lo graba, puesto que al no tener el usuario trato directo con las víctimas, sólo cabrá responsabilizar por la vía de la letra b) siempre y cuando lo difunda posteriormente<sup>38</sup>.

### 3. El delito de ciber-embaucamiento, art. 183.2 CP

#### 3.1. *El bien jurídico protegido*

En principio, antes de comenzar con el estudio del delito regulado en el art. 183.2, he de señalar que ciertas consideraciones que se afirman en este trabajo pueden trasladarse al apartado primero del art. 183<sup>39</sup>.

Entrando en materia, no existe un acuerdo unánime en la doctrina científica a la hora de delimitar el objeto de tutela del art. 183.2. De hecho, como veremos, existen varios los planteamientos que se mantienen sobre este asunto. Abundando, cabe destacar que la mayoría de la literatura científica asume que el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual<sup>40</sup> que se pone en peligro<sup>41</sup>. En mi opinión, estamos ante un

<sup>38</sup> ORTS/ROIG, 2001, p. 130.

<sup>39</sup> El art. 183.1 no es materia de estudio, pero cabe advertir que ambos apartados del art. 183 tienen en común no sólo el bien jurídico protegido según asevera una parte mayoritaria de la literatura científica, sino que, además, coinciden en las características de los sujetos activo y pasivo, así como la exigencia de un contacto con el menor a través de las TIC. La diferencia fundamental entre ambos apartados radica en la finalidad del autor y en el núcleo de la conducta típica que, en este caso, ya no consiste en proponer al menor un encuentro –que puede ser físico o virtual, para que sea coherente con el tenor literal y quepa la posibilidad hipotética de cometer el delito del art. 181–, sino en embaucarlo para que facilite o muestre material pornográfico.

<sup>40</sup> Entre otros muchos defensores del bien jurídico, indemnidad sexual en el art. 183 (antes art. 183 ter) cabe mencionar a: MUÑOZ CONDE, 2022, pp. 224 y ss.; GARCÍA/TARANCÓN, 2021, p. 1186; RAGUÉS I VALLÉS, 2015, pp. 129-151; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2019, p. 201; TAMARIT SUMALLA, 2010, pp. 165 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, 2015, p. 529; TAPIA BALLESTEROS, 2022, p. 445; MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p. 454; CRUZ BLANCA, 2021, p. 130.

Sin embargo, ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 194, manifiesta que el apartado segundo del art. 183 lo que se protege no sólo es la libertad sexual, sino que añade además valores fundamentales como la intimidad, el derecho a la propia imagen y la seguridad digital.

<sup>41</sup> Ya sea en peligro abstracto, hipotético o concreto según los casos. Así, por ejemplo, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2012, p. 406; GARCÍA ÁLVAREZ, 2015, p. 160; GUIASOLA LERMA, 2016, p. 284; MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p. 454.

delito pluriofensivo, en el que además de afectar a la indemnidad sexual, entiendo que concurre la afectación subsidiaria de otro valor protegido muy distinto como es la dignidad<sup>42</sup>. En parecidos términos, se encuentran aquéllos que sostienen la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC junto a la indemnidad sexual<sup>43</sup>. Otros mantienen planteamientos totalmente divergentes a la idea del bien jurídico protegido, indemnidad sexual en el art. 183.2. En efecto, algunos asumen la libertad sexual<sup>44</sup>; o bien reconocen la protección de la dignidad o integridad moral en este delito<sup>45</sup>.

Junto a las diferentes tesis que defienden uno o varios objetos de tutela en el art. 183.2, se destacan otras que muestran su oposición en considerar la existencia real de un bien jurídico al que proteger. O incluso, manifiestan que de haber alguno, cabe dudar si efectivamente con la realización de la conducta típica se lesiona o pone en peligro. Es el caso de NUÑEZ CASTAÑO que asevera, que lo que penaliza el legislador son inclinaciones consideradas poco éticas, en vez de conductas que supongan una verdadera lesión o puesta en peligro de un bien jurídico<sup>46</sup>. Por consiguiente, cabe colegir de este planteamiento que, desde el punto de vista de la autora, el legislador menoscaba el principio de ofensividad o lesividad, puesto que la legitimidad de la regulación penal reside en la protección de un valor fundamental y, por ende, es necesaria la lesión o al menos su puesta en peligro para justificar la criminalización de una conducta concreta. En parecidos términos se posiciona ORTS BERENGUER, al sostener que no queda muy claro cuál es el objeto tutelado en el art. 183.2 o al menos, no siempre, pues, puede suceder que en algunos casos puedan subsumirse en el tipo de injusto del art 183, sin embargo, en otras ocasiones están carentes de absoluta lesividad, salvo para aquéllos “moralistas o ultraconservadores recalitrantes”<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Con la referencia al bien jurídico protegido dignidad, me estoy refiriendo al derecho de no ser tratado como un objeto o cosa al que se degrada.

<sup>43</sup> DOLZ LAGO, 2011, p. 2, a pesar de dudar entre considerar a este delito como uniofensivo y pluriofensivo, finalmente se decide por reconocer “la infancia” como el bien jurídico supraindividual que se pretende proteger frente a los ataques de los pederastas. En la misma línea le sigue VALVERDE MEGÍAS, (2012), pp. 13-24.

<sup>44</sup> Díez Ripollés, 2000, pp. 217 y ss.; Miró/Morón/Rodríguez, 2013, pp. 671 y ss.

<sup>45</sup> Cugat Mauri, (2010), pp. 233 y ss., es proclive a defender el derecho a la dignidad o a la integridad moral, apartándose así del ámbito de la sexualidad, pues, señala que la integridad moral del menor resulta lesiona en el momento en el que el sujeto activo completa la conducta descrita en el tipo penal.

<sup>46</sup> Nuñez Castaño, 2009, pp. 35 y ss.; Uriarte Quesada, 2015, pp. 433 y ss.; Orts Berenguer, 2022, p. 249.

Asevera Gómez López, 2019, p. 518, sobre el delito regulado en el art. 183 que es difícil identificar un bien jurídico merecedor de protección y realmente se trata de incorporar por parte del legislador concepciones de tinte moralista al ordenamiento jurídico. Más allá de esta afirmación se posiciona Ramos Vázquez, 2014, p. 113, al sostener que en este tipo de regulación se evidencia la influencia de un Derecho penal del enemigo “porque por razones prácticas de persecución de quien tiene una tendencia sexual, que es objeto de absoluto reproche social, como la pedofilia, se incrimina una conducta para la protección de un bien jurídico inexistente, que, por muy aberrante que pueda parecer no es *per se*, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal”.

<sup>47</sup> Postura que sostienen, por ejemplo, Orts Berenguer, 2022a), p. 249; Guisasola Lerma, 2022, p. 377.



### 3.2. *El contenido del tipo de injusto*

El llamado “*sexting*”<sup>48</sup> o delito de embaucamiento de menores para que faciliten material pornográfico<sup>49</sup>, fue introducido *ex novo* por LO 1/2015, de 30 de marzo, en el art. 183 ter. 2, actualmente art. 183.2 -tras la modificación operada por la reciente LO 10/2022, de 6 de septiembre, que cambia su ubicación-, para completar la protección de los menores frente a los abusos cometidos por Internet y otros medios tecnológicos de la comunicación e información (TICs) de acuerdo con su Exposición de Motivos que viene a decir: “La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan se completa con un nuevo apartado en el art. 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

Aunque la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 no hace referencia, el fundamento de su tipificación, al igual que en otras muchas ocasiones, proviene de la obligatoriedad del legislador de transponer la normativa de la UE. En este caso, de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre, que establece la obligación de los Estados miembros de tipificar como delito «el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de chat en línea» para proponer en el art. 6 la redacción de la norma penal aplicable a esta conducta.

El precepto queda finalmente redactado con la reforma de 2015 del siguiente modo: “El que, a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes

Por su parte, DE LA MATA BARRANCO, 2007, pp. 12 y ss., asevera, a propósito de las nuevas inclusiones o modificaciones realizadas en el texto legal, que la política criminal seguida por el legislador en los últimos años es, por un lado, la de prescindir de la existencia de un bien jurídico merecedor de protección y, de otro, la inexistencia de ese bien jurídico o de algún aspecto del mismo. Así que tomando en consideración las palabras del autor junto a la de otros como, por ejemplo, NUÑEZ CASTAÑO, 2009, pp. 35 y ss., se afirma que en determinados preceptos se plasma con bastante claridad la idea de un Derecho penal del enemigo y esto es lo que parece suceder, según sus opiniones, con el art. 183.

<sup>48</sup> El “*sexting*” constituye un neologismo que se refiere a las comunicaciones de contenido sexual que incluyen tanto mensajes de texto como imágenes que son transmitidas empleando teléfonos móviles y otros medios de comunicación. Véase más ampliamente sobre el tema, VILLACAMPA ESTIARTE, 2017, pp. 2 y ss.

Asimismo, la doctrina también denomina *sexting* para referirse a la descrita en el art. 197.7 y señala COMES RAGA, 2013, p. 2, que este término debe restringirse sólo para las conductas previstas en el art. 197.7. A este respecto, GUTIÉRREZ AZANZA, 2020, p. 5, prefiere llamar al delito contra la intimidad del art. 197.7, “*venganza sexual*” (*revenge porn*), como así aparece en el derecho anglosajón.

<sup>49</sup> El Tribunal Supremo utiliza indistintamente el término embaucamiento en STS 21 de marzo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2367); 22 de septiembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3318); ciber-embaucamiento sexual en STS 14 de octubre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3397).

pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”. Como puede comprobarse, con la redacción de la conducta típica el legislador español se aparta de lo que dispone el art. 6.2 de la normativa europea<sup>50</sup>, por cuanto que precisa el hecho de no dejar impune la tentativa del adulto de poseer o acceder a material pornográfico en el que está representado el menor con el que se contacta a través de las TIC, por tanto, la Directiva se refiere “a dicho menor” y no a otro. Así, el instrumento europeo excluye dos hechos que, sin embargo, asume nuestro legislador: de un lado, en el precepto no se especifica que el sujeto activo sea el adulto, sino que se deja “la puerta abierta” para interpretar que la acción típica también puede cometerla un menor. Y, de otro, el legislador hace referencia a las imágenes en las que se “represente” a un menor, pudiendo, por tanto, ser otro menor diferente al que se ha contactado<sup>51</sup>.

Otra de las diferencias que se puede apreciar entre lo previsto en la Directiva europea y lo descrito en el art. 183.2 –antes art. 183 ter 2- es que la versión original en inglés de la normativa europea se utiliza el término “*soliciting*”<sup>52</sup>, es decir, “solicitar”. No obstante, la traducción al español que realiza el legislador no coincide con aquella, pues, sustituye el verbo “solicitar” por el de “embaucar” -verbo que, por cierto, aparece por primera vez en el texto legal-<sup>53</sup>. Tal desajuste provocó que algunos autores no dudaran en mostrar su oposición, acertadamente, en mi opinión. De esta manera, SAÑUDO UGARTE indica el desacierto de haber traducido el verbo “*soliciting*” por “actos dirigidos a embaucar+”<sup>54</sup> y VILLACAMPA ESTIARTE estima inapropiado el término “embaucamiento” ya que la expresión original “*soliciting*” hace más bien referencia a la finalidad con la que el sujeto activo se aproxima a la víctima, pero no a los medios empleados para ese acercamiento. Por ello propone el sustantivo “solicitud” en lugar de “embaucar”, puesto que según dispone el DRAE,

<sup>50</sup> El art. 6.2 de la Directiva 2011/93/UE: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el art. 5, apartados 2 y 3 –posesión de pornografía infantil o acceso a la misma-, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

<sup>51</sup> Esta previsión no aparece contemplada en el Convenio de Lanzarote –Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual-, por lo que fue introducida por el legislador con ocasión de la reforma de 2015, en cuyo Preámbulo se señala “...la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el art. 183 ter -actual art. 183.2- del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

<sup>52</sup> También es el término que se utiliza en el Convenio de Lanzarote en el art. 23 donde se insta a los Estados miembros a que desarrollen las medidas legislativas necesarias para castigar al adulto que a través de las tecnologías de la información y comunicación contacte con un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual.

<sup>53</sup> Así, RAMOS VÁZQUEZ, 2015a, pp. 441 y ss.

<sup>54</sup> SAÑUDO UGARTE, 2016, p. 126.

el verbo supone «engañar o alucinar prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado»<sup>55</sup>.

Estas discordancias que se han resaltado entre la redacción del tipo penal del art. 183.2 y la Directiva 2011/93/UE provocan problemas de interpretación y de aplicación con otras figuras delictivas como se verá en el siguiente epígrafe.

Se trata de un delito común, de mera actividad, cuya conducta típica está conformada por dos elementos: de un lado, contactar con un menor de dieciséis años a través de Internet, el teléfono o cualquier tecnología de la información y comunicación. De otro, realizar actos dirigidos a embaucarle para que facilite material pornográfico o imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Pues bien, en cuanto al primero de los elementos cabe señalar, como acertadamente sostiene MORILLAS FERNÁNDEZ que el contacto al que se refiere el precepto ha de consistir no sólo en la solicitud del sujeto activo, sino que, también, debe apreciarse una efectiva respuesta del menor a la solicitud de comunicación del adulto<sup>56</sup>. En parecidos términos, expone ESQUINAS VALVERDE que, si el acercamiento al menor se produce por otros medios distinto a los virtuales, es decir, imaginemos que el contacto se realiza de forma presencial, la conducta tendría que ser calificada de atípica conforme al delito de ciber-embaucamiento, salvo que tal acción diera comienzo a la ejecución de otro delito como, por ejemplo, a una agresión sexual<sup>57</sup>.

Aunque no sea objeto de análisis el art. 183.1 en este trabajo, se hace necesario resaltar, que el legislador hace coincidir en la descripción de ambos ilícitos penales los medios comisivos a través de los cuales el sujeto activo contacta con el menor de dieciséis años. Al respecto basta decir que resulta innecesaria la especificación exhaustiva que se proyecta en la descripción típica, habida cuenta que hubiese bastado con una simple mención a toda tecnología de la información y comunicación (TIC). Y quizás ésta haya sido la idea perseguida por el legislador, o al menos en mi opinión, pues del tenor literal se deduce un catálogo abierto de medios tecnológicos a través de los cuales el sujeto activo puede contactar con el menor<sup>58</sup>.

Sobre el segundo de los elementos mencionados se destacan varias cuestiones. La primera se refiere al concepto que debemos entender sobre el verbo típico utilizado para describir la conducta. Esto es, embaucar como sinónimo de engañar. En efecto, se mantiene por la doctrina científica que el núcleo de la conducta se traduce en un

<sup>55</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, p. 46. Opinión distinta muestra GARCÍA PÉREZ, 2020, p. 1506, en el sentido de que para este autor el verbo embaucar potencia el ámbito objetivo típico del delito y no ve dificultades a la hora de probar en el proceso penal el hecho del embaucamiento.

<sup>56</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p. 458.

<sup>57</sup> ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 194.

<sup>58</sup> No sólo se trata de la idea de establecer un catálogo abierto de medios tecnológicos, sino que además manifiesta la jurisprudencia que esa diferencia de trato entre encuentros virtuales y presenciales por parte del legislador sólo se entiende por el hecho de una mayor frecuencia en la práctica de esos contactos virtuales a través de Internet. En este sentido se expresan entre otras las SSTS 24 de febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:823; 22 de febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:692).

engaño sobre el menor de dieciséis años<sup>59</sup>. El criterio jurisprudencial sobre su significado es que el embaucamiento consiste en un engaño en el que el sujeto activo se prevalece de la inexperiencia de su víctima. Y esta conducta contiene una mezcla de promesas y amenazas o conductas similares a través de las cuales se pretende conseguir la finalidad típica<sup>60</sup>. E insiste sobre el embaucamiento en que el mismo encontraría un límite superior en la intimidación, pues, téngase en cuenta, que cuando de lo que se trata es de provocar un temor en la víctima para lograr que envíe material pornográfico infantil se sobrepasa las lindes del art. 183.2 y se incurriría en el delito de captación o utilización de menor para la elaboración de pornografía infantil -art. 189.1 a)-, concretamente, en el tipo cualificado del art. 189.3 por haberse conseguido dicho material utilizando la intimidación<sup>61</sup>.

Igualmente, cabe advertir que, si el verbo típico “embaucar” se concibe como sinónimo de “engañar”, no constituye infracción penal a tenor del art. 183.2 cuando se pruebe que el adulto ha obtenido las fotografías sin engaño alguno sobre el menor, sin perjuicio, de que tal conducta sea constitutiva de un delito del art. 189. En efecto, en tal caso no se puede exigir responsabilidad penal al autor a tenor del delito de ciber-embaucamiento, toda vez que esa no es la finalidad del tipo penal, en tanto que la indemnidad sexual del menor no se vería afectada, ni tampoco, en mi opinión, de forma subsidiaria su dignidad<sup>62</sup>.

La segunda de las cuestiones planteadas viene referenciada a la expresión “*actos dirigidos a embaucar*”. Este asunto resulta ser el más problemático dado que afecta, como se verá a continuación, a posibles relaciones concursales con otros tipos penales. En este sentido, hay que recordar la naturaleza que el legislador dispensa al tipo penal. Así, es prácticamente mayoritaria la postura que considera a este delito como de peligro abstracto y de mera actividad, como ya he señalado.

A su vez, y es aquí donde reside de nuevo la división de la doctrina, la figura penal se valora bien como un acto preparatorio<sup>63</sup> o bien como una tentativa del art. 189.1

<sup>59</sup> Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, 2015, p. 160; MUÑOZ CONDE, 2022, p. 258; GUIASOLA LERMA, 2016, p. 285; TAMARIT SUMALLA, 2016, p. 350.

<sup>60</sup> STS 15 de septiembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3011) FJ 2º. La STS 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:187) FJ 2º.3 manifiesta sobre el concepto de embaucamiento que se debe entender como una seducción que desvanece las barreas defensivas, prevaleciendo de una cierta superioridad que puede ser moral, ambiental, derivada de las características del sujeto pasivo o activo o de cualquier otra circunstancia y que se dirige a obtener un consentimiento viciado, cercenando con ello la libertad personal del afectado.

RAMOS VÁZQUEZ, 2015b, p. 624 es de la opinión de que el engaño se refiere a que el sujeto activo se aprovecha de la inexperiencia de su víctima.

<sup>61</sup> SSTs 15 febrero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:422) FJ 2º4; 15 septiembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3011) FJ 1º 2.

<sup>62</sup> En este mismo sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p. 458.

<sup>63</sup> Para TAMARIT SUMALLA, 2016, p. 350, tal circunstancia permite valorar en un sentido muy próximo al concepto “*soliciting*” que aparece en la Directiva europea. Por otro lado, los autores que defienden la postura de considerar al delito como un acto preparatorio pueden mencionarse entre otros, al propio TAMARIT SUMALLA, 2016, pp. 1329 y 1330; GARCÍA/TARANCÓN, 2022, pp. 1189 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2022,

a), aunque esta última opinión es minoritaria<sup>64</sup>. Al estimarse como un acto preparatorio punible se admite que con tal ilícito penal el legislador adelanta las barreras de protección y con ello la consumación del delito a la mera acción del autor<sup>65</sup>. En consecuencia, ello conduce a considerar que para la consumación de la conducta típica no se requiere el suministro, el envío o exhibición de las imágenes pornográficas infantiles, sino que lo que se está criminalizando es el momento previo, esto es, el embaucamiento para obtenerlas<sup>66</sup>.

La doctrina se muestra muy crítica en relación a la estructura que el legislador dispuso para el tipo penal, esto es, como un acto preparatorio y que, además, se hubiese ampliado el ámbito de lo punible<sup>67</sup> lo que provoca, como afirma MIRÓ LLINARES, un adelantamiento excesivo de la penalidad<sup>68</sup>. En efecto, en la misma línea se expresa VILLACAMPA ESTIARTE a propósito del Proyecto de Ley de la reforma de 2015, al manifestar el exceso en el que incurre el legislador con la incorporación al texto legal de la expresión “actos dirigidos a embaucarle”. Pues, la tarea del legislador no se limita a adelantar las barreras de protección a las conductas en las que el menor auto-produce pornografía infantil, sino que va más allá y amplía el círculo de conductas típicas a la adquisición, posesión o acceso a la pornografía infantil para uso propio del sujeto activo<sup>69</sup>. A la vez que la finalidad de la conducta abarca también a “cualquier material pornográfico”<sup>70</sup>. Por ello y en base a tales circunstancias se postula defendiendo que la interpretación del tipo sea restrictiva.

Así las cosas, es acertado el planteamiento de parte de la literatura científica que

p. 257; AGUADO LÓPEZ, 2020, p. 79. E incluso la STS 21 de marzo 2019 (ECLI:ES:TS: 2019: 1356) FJ 3º: “Por consiguiente, el acusado no sólo realizó actos preparatorios del tipo penal del art. 189 del texto punitivo...”.

<sup>64</sup> Según RAMOS VÁQUEZ, 2014, p. 17, estamos ante una tentativa del delito de pornografía infantil del art. 189.1 a). En esta misma línea de considerar al tipo como tentativa, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2019, p. 266, pero difiere sólo en un aspecto y es que para este autor el delito del art. 183.2 no constituye una tentativa del delito de pornografía del art. 189.1 a), sino que conforma una tentativa “basada en el intento de embaucar”, realizando actos idóneos para conseguir engañar al menor de dieciséis años con un determinado fin, esto es, que le envíe material pornográfico de otro menor.

Por su parte, la jurisprudencia en la STS 21 de marzo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1055) FJ 6º estima sobre su naturaleza jurídica, aunque de forma indirecta, que esta figura “según señala un sector doctrinal no deja de ser más que una tentativa del delito de pornografía infantil del art. 189.1 a), objeto de aplicación en el caso”.

<sup>65</sup> TAMARIT SUMALLA, 2016, p. 350.

<sup>66</sup> Manifiesta RAMOS VÁZQUEZ, p. 624. A la misma conclusión llegan NAVARRO/MONTESDEOCA, 2021, p. 53.

<sup>67</sup> TAMARIT SUMALLA, 2016, p. 351.

<sup>68</sup> MIRÓ LLINARES, 2013, pp. 684 y ss.

<sup>69</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, 2014, pp. 704 y ss.

<sup>70</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, p. 181.

asevera que el adelantamiento de la punibilidad de un acto preparatorio de otros delitos convierte al tipo en uno de peligro abstracto<sup>71</sup> e incluso de sospecha<sup>72</sup> -en nuestro caso ese otro delito es la captación o utilización de menor de edad para elaborar material pornográfico y más concretamente el tipo cualificado del art. 189.2 a)-. Ello supone la quiebra del principio de lesividad y constituye una manifestación más del Derecho penal defensivo que protege al menor, pero que traspasa los límites de un Derecho democrático, de ahí que quepa calificarlo como un *Derecho penal del enemigo*<sup>73</sup>.

Asimismo, conviene resaltar los términos referentes a “*material pornográfico...o imágenes pornográficas en las que aparezca un menor*”. Pues bien, con el empleo de tales voces y según el concepto normativo de material pornográfico que ofrece el art 189, cabe pensar que el legislador incluye en el art. 183.2 la *pornografía técnica y la pornografía infantil artificial o virtual*. A mi juicio, mantener tal interpretación quebrantaría varios principios fundamentales como son el principio de ofensividad, el de proporcionalidad, o el de intervención mínima del Derecho Penal<sup>74</sup>, por tanto, en mi opinión, los conceptos utilizados en la redacción han de ser interpretados de forma restrictiva. Y ello es debido, a que cuando se trata de pseudopornografía no existe afección alguna a ningún bien jurídico protegido<sup>75</sup>.

Retomando esta línea de configuración, el tipo de injusto precisa la presencia de un elemento subjetivo específico distinto al dolo, conformado por la finalidad que persigue el autor con la realización de la acción típica. Es decir, que el menor facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas de un menor<sup>76</sup>. El dolo al que se hace referencia puede consistir incluso en un dolo eventual<sup>77</sup>. Pero, con independencia de su clase, lo que sí se exige es que la presencia del dolo debe abarcar el

<sup>71</sup> Opinión defendida entre otros por SUAREZ-MIRA/JUDEL/PIÑOL, 2011, p. 172; VILLACAMPA ESTIARTE, 2014, p. 677.

<sup>72</sup> MONGE FERNÁNDEZ, 2011, p. 233.

<sup>73</sup> Concepto que también asumen entre otros, por ejemplo, GARCÍA RIVAS, 2011, pp. 624 y ss.; RAMOS VÁQUEZ, 2011, p. 588; MUÑOZ CONDE, 2022, p. 257.

<sup>74</sup> En esa concepción tan rigurosa de prevenir a la sociedad contra el sujeto peligroso, esto es, contra la persona que puede atentar contra menores, produce un impacto directo en el adelantamiento desmesurado de la intervención penal. Una intervención penal que en teoría debe limitarse a actuar en aquellos casos donde el bien jurídico protegido sea gravemente lesionado.

<sup>75</sup> MORENO ACEVEDO, 2023, p. 91.

<sup>76</sup> Entre otros autores, es de la misma opinión CRUZ BLANCA, 2021, p. 138.

Asimismo, al igual que ocurre con el delito de online childgrooming, art. 183.1 la prueba de dicho elemento subjetivo resulta difícil comprobarlo en la práctica, así como al conocimiento de la edad del sujeto pasivo.

<sup>77</sup> La jurisprudencia viene aceptando la comisión de este delito a título de dolo eventual en aquellos supuestos más problemáticos referentes al conocimiento de la edad del sujeto pasivo por parte del autor. Así, la STS 26 de julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3038) FJ 4º.3, en relación con la STS 26 de junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2535) manifiesta que ese dolo eventual aparece «en aquellos supuestos en los que el autor conoce el peligro concreto no permitido que crea con su acción para el bien jurídico protegido. Y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque acepte implícitamente el resultado no querido en función de la satisfacción de la auténtica finalidad de su acción, o bien porque el daño, como concreción del riesgo concreto creado,

conocimiento de los elementos subjetivos del tipo. Al igual que sucede con la figura de online childgrooming del art. 183.1 los supuestos que más problemas ofrece están vinculados con la prueba de este elemento subjetivo. Por ende, habrá de probarse que el embaucamiento del autor hacia el menor de dieciséis años está dirigido a obtener de él material pornográfico sea de él o de otro menor, así como que el sujeto activo es conocedor de la edad de la víctima.

Dicho esto, TAMARIT SUMALLA defiende una postura opuesta en cuanto a la finalidad que persigue el autor. Así, para este autor no cabe deducir que la finalidad de conseguir que el menor facilite el material o las imágenes pornográficas, constituya de por sí un elemento subjetivo del tipo, por cuanto que el precepto prevé una petición expresa del autor que hace al menor y tal acción supone una conducta exteriorizada. Asimismo, añade, que “el adelantamiento de la criminalización no puede ser entendido hasta el punto de que se considere típico cualquier contacto que suponga un acercamiento previo del adulto al menor, si está realizado con una motivación de conseguir que éste le acabe enviando el objeto deseado”<sup>78</sup>.

En cuanto a la consumación de la conducta el tipo no establece como requisito el envío efectivo o la muestra del material pornográfico, sino que basta con una mera pretensión de exhibición<sup>79</sup>.

En otro orden de cosas, también despierta interés en la doctrina la posible o no aplicación de la llamada “*cláusula de Romeo y Julieta*”, que como es sabido, se recoge en el actual art. 183 bis (antes art. 183 quater)<sup>80</sup> sobre el delito del art. 183.2. En el que se prevé una excusa absolutoria, en virtud de la cual, se exonera de responsabilidad penal al autor por los delitos cometidos que se incluyen el Capítulo II, del Título VIII, siempre que concurren dos requisitos: a) consentimiento libre del menor de dieciséis años y b) proximidad en edad y, grado de desarrollo y madurez física y psicológica. Pues bien, el legislador dispensa la posibilidad de aplicar la cláusula recogida en el art. 183 bis sobre la base del consentimiento del menor de dieciséis años tanto para el apartado primero como para el segundo del art. 183. Sin embargo, cabe advertir que, coincido con aquellas voces que manifiestan la imposibilidad de su aplicación cuando se trata de las acciones típicas del art.183.2, habida cuenta que parece incompatible otorgar un consentimiento válido si el sujeto pasivo ha sido engañado, es decir, embaucado<sup>81</sup>. O dicho de otra forma, el menor no es libre cuando

le resulte indiferente de manera que, conociendo la alta probabilidad de su causación, le resulte preferible continuar con la ejecución de la conducta».

<sup>78</sup> TAMARIT SUMALLA, 2016, p. 350.

<sup>79</sup> GUTIÉRREZ AZANZA, 2020, p. 7.

<sup>80</sup> La última de las reformas del Código Penal por LO 10/2022, de 6 de septiembre, cambia de ubicación el artículo y lo actualiza conforme a la nueva designación de agresión sexual a menores de dieciséis años, antes denominado abuso sexual a menor de dieciséis años.

<sup>81</sup> RAMOS VÁZQUEZ, 2021, p. 316; GUTIÉRREZ ARANZA, 2020, p. 11; GUIASOLA LERMA, 2022, p. 378. En contra de tal postura MUÑOZ CONDE, 2022, p. 258; MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p.

emite su consentimiento dado que éste se encuentra viciado por el engaño<sup>82</sup>. Esta postura también se mantiene por la FGE en la Circular 1/2017, 6 de junio, a propósito de la inaplicación del art. 183 bis en el art. 183.2<sup>83</sup>.

#### 4. Aspectos concursales

La última de las cuestiones que se abordan sobre el delito de ciber-embaucamiento sexual se refieren a dos asuntos que considero oportuno resaltar: por un lado, la consumación del delito, es decir, cuándo se considera consumado. Y de otro, la relación concursal existente entre el art. 183.2 y el art. 189.1 a).

Lo primero que debe resaltarse es que el tipo de ciber-embaucamiento se perfecciona con el sólo hecho de contactar una vez con el menor de dieciséis años a través de las TICs con actos tendentes a embaucarle para conseguir de él que le facilite material pornográfico, o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente el menor embaucado o aparezca otro menor. Con lo cual, no queda más que afirmar que para la consumación del delito no es preciso que el autor consiga obtener ese material o las imágenes pornográficas.

En cuanto al segundo, se trata de la relación concursal que se aprecia entre ambos ilícitos penales. En este sentido, cabe recordar, como se ha manifestado con anterioridad, que la configuración establecida por el legislador en el delito de ciber-embaucamiento es la de un supuesto en el que se adelanta las barreras de protección del Derecho penal, castigando lo que realmente es un acto preparatorio para la comisión de otro delito. En efecto, esta misma tesis la sostuvo el Pleno del CGPJ en su Informe de 16 de enero de 2013 en el que se afirmó la incongruencia del precepto regulado en el actual art. 183.2 al constituir un acto preparatorio de aquel delito<sup>84</sup>. Ese otro ilícito penal al que se refiere es el de elaboración de material pornográfico infantil del art. 189.1 a).

De este modo, subyace la pregunta de si resulta operativo o no la tipificación del art. 183.2. A mi juicio, cabe responder que, al prever el legislador el tipo penal de

457, va más allá aseverando que esta cláusula actúa sobre ambos apartados del art. 183 de ese modo el legislador cumple con la exigencia de la Directiva europea.

<sup>82</sup> Del mismo modo, parece expresarse el TS en la Sentencia 14 de octubre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3397) FJ 3º “no podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 ter (sexting) por ser incompatible el consentimiento libre que se exige el art.183 quater con el embaucamiento propio de este tipo”.

<sup>83</sup> Si bien como he señalado supra no es posible la aplicación de la cláusula de exclusión de responsabilidad penal a las conductas tipificadas en el art. 183. No quiero dejar de mencionar por su interés, que el criterio mantenido por la FGE en la Circular 1/2017, de 6 de junio sobre el actual art. 183 ter, es que la diferencia de edad máxima admisible entre ambos sujetos debería situarse entre 2 y 5 años de edad para la aplicación de la cláusula.

<sup>84</sup> Recurso electrónico disponible en <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20130116%20Informe%20Anteproyecto%20de%20modificaci%C3%B3n%20CP.pdf>



ciber-embaucamiento la pretensión es proteger la indemnidad sexual del sujeto pasivo mediante la sanción de la conducta de contactar con él a través de los medios comisivos referentes a las TICs e intentar engañarle con un fin, consistente en el envío de material pornográfico de él o para que le muestre imágenes pornográficas propias o de otro menor, pero, sin necesidad de que dicho fin se consiga. En consecuencia, el art. 183.2 resulta ser operativo en tanto que su aplicación es efectiva en aquellos supuestos en los que el menor no envíe el material o las imágenes pornográficas solicitadas.

Con todo, y admitiendo la operatividad de su regulación se suscitan varias interrogantes: la primera, qué ocurre cuando el adulto embauca al menor para que le envíe material pornográfico propio y tiene éxito con su acción. Y, a su vez, relacionado con ese éxito en el envío ¿y si el material facilitado pertenece a otro menor?, ¿cabe considerar la conducta como típica?

Segundo, qué sucede si el adulto no consigue el objetivo que persigue a pesar de haber realizado la acción típica. Es decir, es posible castigar dicha conducta como tentativa de utilización del menor para la elaboración de material pornográfico o bien como un delito de ciber-embaucamiento sexual consumado.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de la reforma, de 8 de enero de 2013<sup>85</sup> advertía que: “si el adulto induce a menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico”. En consecuencia, la interpretación que realiza el Ministerio Público es considerar que si no se produce la entrega del material propio solicitado al menor cabe castigar conforme al tipo penal de utilización del menor para la elaboración de material pornográfico infantil en grado de tentativa -art. 189.1 a), en su tipo cualificado del art. 189.2 a).

En términos parecidos se pronunció el Pleno del CGPJ en su Informe de 2013, señalando que, para el supuesto de que el sujeto activo hubiese obtenido el material o las imágenes pornográficas solicitadas al menor, la conducta del art. 183.2 quedaría subsumida por la de utilización del menor de edad para la elaboración de material pornográfico, art. 189.1 a). O, dicho de otro modo, de conseguir el sujeto activo el material solicitado al menor de edad, no cabe reproche penal conforme al delito de ciber-embaucamiento, sino, más bien, por el de utilización del menor para la elaboración de material pornográfico consumado.

A este respecto, se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, aunque con un matiz diferencial, pues, manifiesta que no se trata de la consumación del ilícito penal descrito en el art. 189.1 a), sino que incurre en la comisión del delito regulado en el art. 189.5: “el tipo del 183 ter.2 CP no deja de ser una tentativa del delito de pornografía

<sup>85</sup> Recurso electrónico disponible en [https://s01.s3c.es/imag/\\_v3/ecoley/documentos-iuris/18-01-2013/16.informeFiscalia.pdf](https://s01.s3c.es/imag/_v3/ecoley/documentos-iuris/18-01-2013/16.informeFiscalia.pdf)

infantil y por el principio de consunción del art. 8.3 CP, si el autor del embaucamiento del 183 ter. 2 logra su objetivo, comete el delito del 189.5 CP”<sup>86</sup>. Es decir, con tal postulado la autora viene a decir que, si el sujeto activo consiguiera su objetivo, con independencia de quién sea el protagonista del material pornográfico infantil, el autor consumará el delito de adquisición o posesión de material pornográfico infantil para uso propio, tanto si el menor embaucado facilita imágenes propias como las de un tercero.

Sin embargo, GARCÍA PÉREZ sostiene una postura contraria a los anteriores planteamiento, en el sentido de que afirma que al estar incluido el art. 183.2 dentro del Capítulo II de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años—antes de la reforma de 2022 abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años—, el acto preparatorio punible que conforma es la de realizar alguno de los delitos previstos en el Capítulo II y no como se trata de defender, es decir, que constituye un acto preparatorio de posteriores conductas tipificadas en el art. 189.1 a) referidas a la pornografía infantil<sup>87</sup>.

Así las cosas, lo que se deduce de la previsión del tipo de ciber-embaucamiento sexual es que, de lograr la finalidad perseguida por el autor, la solución que se establece a esta relación entre ambos delitos es la de un concurso de normas que se resuelve a través del principio de consunción. Pues, al hacerse el autor con el material o las imágenes pornográficas que ha solicitado al menor de dieciséis años, a mi juicio y conforme con lo señalado, el sujeto activo incurre en la acción típica del art. 189.1 a) utilización de menor de edad para la elaboración de material pornográfico infantil, en su tipo cualificado del art. 189.2 a) al tratarse de menor de dieciséis años<sup>88</sup>. Y es lo lógico, dado que al haberse iniciado y ejecutado los actos típicos del art. 183.2, consiguiendo el objetivo el autor, esto es, que el menor haya enviado o exhibido el material pornográfico donde se encuentra representado o muestre las imágenes pornográficas de otro menor, el delito del art. 183.2 queda absorbido por el principal, es decir, el regulado en el art. 189.1 a) en su modalidad típica de utilización del menor para elaborar material pornográfico.

Es más, esa parece ser la pretensión del legislador habida cuenta que el contenido del art. 183.2 no presenta la cláusula concursal dispensada en el apartado primero del mismo precepto. La referida a “*las penas se impondrán, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”, que son los relativos a las agresiones sexuales a menor de dieciséis años (art. 181) y los delitos de pornografía infantil (art. 189). Abundando, esta omisión ocasiona que cuando se da la aludida progresión del delito y el hecho puede llegar a ser calificado con arreglo a dos o más

<sup>86</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, pp. 445 y ss.

<sup>87</sup> GARCÍA PÉREZ, 2020, p. 1507.

<sup>88</sup> En opinión de VILLACAMPA ESTIARTE, 2014, pp. 704 y ss. tal conducta es subsumible en la adquisición y posesión de pornografía infantil para uso propio, art. 189.5.

preceptos del Código Penal se deba acudir a las reglas sobre los concursos de normas del art. 8 CP para dirimir la cuestión, pues, de lo contrario, se incurriría en un *bis in idem*, sancionando dos veces la misma conducta o motivo de agravación<sup>89</sup>.

Con todo, su aplicación puede resultar ser casi marginal en la práctica judicial, dado que en la mayoría de las ocasiones el conocimiento que se tiene de este tipo de prácticas realizadas por un adulto o por un menor se obtiene cuando ya se ha constatado el envío por parte del menor del material pornográfico. Y, en consecuencia, cuando ello sucede se constata la progresión delictiva hacia el delito de pornografía infantil del art. 189 a la que me he referido *supra*.

Por último, se ha dejado para el final responder a la segunda parte de la pregunta que se hacía en relación a la muestra de imágenes pornográficas en la que aparezca otro menor. Recordemos la interrogante, ¿qué ocurre si el sujeto activo consigue del menor embaucado que le facilite imágenes o material pornográfico de otro menor?, ¿cabe, por tanto, considerarla como típica? La respuesta a tales cuestiones es que cuando el sujeto activo consigue ese envío o la muestra de las imágenes de otro menor, en mi opinión, la conducta del embaucador debe considerarse como típica, siendo en ese caso la aplicación de un concurso de delitos entre el art. 189.1 a), tipo cualificado, art. 189.2 a) y el art. 189.5 por adquisición o posesión de pornografía infantil.

Abundando, cabe advertir desde la perspectiva del menor embaucado, la paradoja que se suscita en el supuesto de que se llegue a facilitar al embaucador material o imágenes pornográficas de otro menor. En efecto, tal situación provoca que el menor embaucado incurra en un delito de distribución o exhibición de pornografía infantil, art. 189.1 b)<sup>90</sup> en concurso con un delito contra la intimidad tipificado en el art. 197.7 –cuyo titular del bien jurídico protegido es el menor que aparece en las imágenes enviadas–, y cuya responsabilidad penal habrá de dirimirse a través de la LORPM, siempre que el menor embaucado sea mayor de catorce años.

## 5. Conclusiones

Aunque no se hay realizado un análisis exhaustivo del concepto de material pornográfico -sólo se ha hecho un breve comentario a nota a pie del mismo- es reseñable

<sup>89</sup> Expresamente así se argumenta en la STS de 28 de mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2599) FJ 12º al señalar que: “como señalan las STS de 26 de mayo 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2092) y STS de 30 de junio 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2905), la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en "bis in idem" sancionando doblemente una misma conducta o motivo de agravación”.

<sup>90</sup> En opinión de MORENO ACEVEDO, 2023, pp. 196 y ss., los bienes jurídicos que se protegen en el art. 189.1 b) son la dignidad e intimidad de los menores.

sobre el mismo el hecho de que en la propia Directiva europea se preveía la discrecionalidad de los Estados miembros para regular o no, ciertas modalidades de material pornográfico como la pornografía técnica y la pornografía virtual o artificial. Pues bien, nuestro legislador tomó a bien trasladar a la legislación penal la definición de ambas formas de pornografía infantil en su integridad. Esto provocó que su tipificación a raíz de la aprobación de la LO 1/2015 resultase criticable, por cuanto que en modo alguno en ellas se lesiona ni ponen en peligro, ni siquiera de modo abstracto, un bien jurídico digno de protección. De ahí que, en mi opinión, la regulación prevista de estas modalidades de pornografía o de material pornográfico menoscaba principios tan básicos de nuestro Derecho Penal como pueden ser el de intervención mínima, el de exclusión de bienes jurídicos y, por supuesto, el de *ultima ratio*.

Lo mismo cabe decir en cuanto al delito de ciber-embaucamiento en relación a la normativización del sujeto activo del delito, pues, según dispone la Directiva europea y el Convenio de Lanzarote, el sujeto activo debería haberse restringido sólo a los adultos. Es más, si tal como manifiesto en el presente trabajo, este ilícito penal constituye un acto previo o acto preparatorio del delito de utilización del menor para la elaboración de material pornográfico infantil es lógico plantearse de lege ferenda que el legislador se replantee la ubicación sistemática del delito de ciber-embaucamiento dentro de los delitos referidos a la pornografía infantil que se tipifican en el art. 189.

En otro orden de cosas, si se observa, tanto las modalidades típicas referidas a la captación de menores de edad con fines exhibicionistas o pornográficos como el delito de ciber-embaucamiento están configurados con la misma técnica legislativa por razones de política criminal. En efecto, en estos casos nos encontramos ante delitos de peligro abstracto. Una técnica que el Derecho penal utiliza en la actualidad como fundamento para su expansión, castigando meros actos preparatorios o actos previos con los que se adelanta las barreras de protección del Derecho penal.

Asimismo, las conductas típicas del art. 189.1 a) como las del art. 183.2 poseen la característica común de que el autor debe dirigir su actuación a la consecución de unas determinadas finalidades. Es decir, la captación o utilización de las víctimas serán constitutivas de delito de pornografía infantil siempre que se realicen con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar este tipo de material. Y en el delito de ciber-embaucamiento el autor contacta a través de las TICs con el menor de dieciséis años con engaño para que le facilite material pornográfico propio o para que le muestre imágenes pornográficas de otro menor.

Por ello, estas modalidades típicas tienen que estructurarse en torno a unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo. Y cuando ello ocurre, la doctrina señala que constituyen lo que se denomina *delitos de intención o de tendencia interna transcendente*; y dentro de esta última clase se subdivide en *delitos de resultado cortado* o en *delitos mutilados en uno o varios actos*.

Finalmente, cabe significar que en ninguno de los delitos analizados es posible la

aplicación de la cláusula de Romeo y Julieta prevista en el art. 183 bis. En efecto, en los supuestos de pornografía infantil es debido a que el precepto señala a menores de edad como sujetos pasivos, es decir, menores de dieciocho años. Luego, por tanto, el legislador rechaza de plano la posibilidad de una exclusión de responsabilidad penal cuando se trata de menores de edad y conductas relacionadas con la pornografía infantil.

Y en cuanto al delito de ciber-embaucamiento del art. 183.2, como he puesto de manifiesto, no casa el consentimiento viciado por un engaño con tal cláusula.

## Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, S., (2010), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en Boix Reig, (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 1ª edición, Madrid, pp. 371-380.
- BORJA JIMÉNEZ, F. (1995), “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, t. 48, n. 1, pp. 89-186.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., (2004), “Art. 189”, en Díez Ripollés; Romeo Casabona, (coords.): *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, 1ª edición, Valencia, pp. 519-571.
- CARMONA SALGADO, C., (2000), “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en Cobos del Rosal, (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, 1ª edición, Madrid, pp. 239-286.
- CARMONA SALGADO, C., (2005), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (II). Consideraciones generales sobre el título II, Libro II del código penal. Agresiones y abusos sexuales”, en Cobos del Rosal, (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª edición, Madrid, pp. 239-266.
- COMES RAGA, I., (2013), “La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida en el sexting ajeno”, *La Ley Penal*, n. 105, pp. 1-17.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (2012), Título VIII. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Código Penal Comentado*, 3ª edición, Barcelona, pp. 607-645.
- CRUZ BLANCA, M.J., (2021), “La sexualización de las tecnologías: los delitos de ciber-embaucamiento con fines sexuales del art. 183 ter del Código penal”, en Monje Balmaseda, (dir.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0*, Madrid, 1ª edición, pp. 129-148.
- CUERDA ARNAU, M.L., (1997), “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual, y prostitución de menores”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 7, pp. 197-274.
- CUGAT MAURI, M., (2010), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 102 Disposición Final Segunda)” en Álvarez García; González Cussac, (dirs.): *Comentarios a la reforma de 2010*, 1ª edición, Valencia, pp. 225-246.
- DE LA MATA BARRANCO, N., (2007), “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en Faraldo Cabana, (dir.): *Política criminal y reformas penales*, Valencia, pp. 11-34.
- DE LA ROSA CORTINA, J. (2011), *Los delitos de pornografía. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1ª edición, Valencia.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., (1998), en Bajo Fernández; Díaz-Maroto Villarejo: *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, 1ª edición, Madrid, pp. 99-138.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., (2000), “El objeto de protección en el nuevo Derecho penal sexual”, en Díez Ripollés, (dir.), *Delitos contra la libertad sexual. Estudio de Derecho Judicial*, 1ª edición, Madrid, pp. 215-259.

- DOVAL PAÍS; ANARTE BORALLO, (2016), “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad”, *Diario La Ley*, n. 8744, pp. 1-37.
- DOLZ LAGO, M. (2011), “Un acercamiento al nuevo delito de childgrooming. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, n. 7575, pp. 1-7.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., (2006), “Los delitos relativos a la pornografía infantil”, *Estudios Jurídicos*, pp. 127-154.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B., (2015), “El delito de pornografía infantil”, en Quintero Olivares, (dir.): *Comentarios a la Reforma de 2015*, 1ª edición, Valencia, pp. 447-458.
- ESQUINAS VALVERDE, P., (2022), “Delitos contra la libertad sexual (I)”, en Espinosa Ceballos, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Valencia, pp. 177-198.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., (2022), “Análisis interpretativo y evolución legislativa del tipo penal de pornografía infantil (art. 189.1 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos; Esquinas Valverde, (dirs.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, 1ª edición, Navarra, pp. 683-715.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., (2015), “La reforma de los Capítulos II bis, IV, y V del Título VIII”, en Muñoz Conde, (dir.): *Análisis de las Reformas Penales. Presente y futuro*, 1ª edición, Valencia, pp. 141-189.
- GARCÍA PERÉZ, J.J., (2020), “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Sánchez Melgar, (coord.): *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 5ª edición, Madrid, pp. 1373-1692.
- GARCÍA RIVAS, N.; TARANCÓN GÓMEZ, P., (2021), Lección 17 “Agresión y abusos sexuales”, en Álvarez García, (dir.): *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª edición., Valencia, pp. 1117-1204.
- GÓMEZ LÓPEZ, M., (2019), “Sombras en el delito de Child grooming. Reflejo de un Derecho penal del enemigo”, en Rodríguez Mesa, (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico penal, social y criminológico*, 1ª edición, Navarra, pp. 495-540.
- GÓMEZ TOMILLO, M., (2015), “Art.183 ter”, en Gómez Tomillo, (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. II, 1ª edición, Navarra, pp. 529-536.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., (1997), “Art. 189”, en Conde-Pumpido Ferreiro, (dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, 1ª edición, Madrid, pp. 2272- 2286.
- GONZALEZ RUS, J.J., (2004), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Cobos del Rosal, (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Madrid, pp. 341-380.
- GUISASOLA LERMA, C., (2016), “Intimididad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015”, en Cuerda Arnau, (dir.): *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª edición, Valencia, pp. 268-287.
- GUISASOLA LERMA, C., (2022), “Los delitos de online Child grooming y sexting (arts. 183.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia” en Marín de Espinosa Ceballos; Esquinas Valverde, (dirs.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuesta de reforma*, 1ª edición, Navarra, pp. 355-389.
- GUTIÉRREZ AZANZA, D., (2020), “Delito de “sexting”. Configuración jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n. 9760, pp. 1-18.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., (2007), “Capítulo V. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”, en Conde-Pumpido Ferreiro, (dir.): *Comentarios al Código Penal*, vol. 2, 1ª edición, Barcelona, pp. 1443-1501.
- MANZANARES SAMANIEGO, J., (2015), “La reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo”, *La Ley*, Madrid, pp. 1-11.
- MIRÓ LLINARES, F., (2013), “Notas críticas sobre el art. 183 ter CP en el Anteproyecto de reforma

- de 2012”, en Álvarez García, (dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma de 2012*, 1ª edición, Valencia, pp. 684-687.
- MIRÓ LLINARES, F.; MORÓN LERMA, E.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., (2013), “Child Grooming, art. 183 ter”, en Álvarez García, (dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma de 2012*, Valencia, pp. 669-675
- MONGE FERNÁNDEZ, A., (2011), “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”, 1ª edición, Barcelona.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., (2011), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Quintero Olivares, (dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal Español*, t. 1, 6º edición, Navarra, pp. 1113-1136.
- MORENO ACEVEDO, R., (2023), *Los delitos de pornografía infantil: especial relevancia al tipo básico y tipos cualificados*, 1ª edición, Navarra.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., (2015), “Capítulo Decimocuarto. Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales”, en Morillas Cuevas, (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado: leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, 1ª edición, Madrid, pp. 433-485.
- MUÑOZ CONDE, F., (2022), *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª edición, Valencia.
- NAVARRO CARDOS, F.; MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., (2021), “La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia”, *Revista Penal México*, n. 19, pp. 37-58.
- NUÑEZ CASTAÑO, E., (2009), “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia un Derecho penal del enemigo?”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 11, pp. 1-45.
- ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., (2001), *Delitos informáticos y delitos comunes*, 1ª edición, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J., (2019), *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E., (2022a), “Lección XII. Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales: Agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual” en González Cussac, (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Valencia, pp. 245-257.
- ORTS BERENGUER, E., (2022b), “Lección XIII. Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores” en González Cussac, (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edición, Valencia, pp. 259-286.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., (2015), “Tema 6. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Silvia Sánchez, (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Barcelona, pp. 131-156.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., (2014), “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal de la sociedad actual”, en Faraldo Cabana; Puente Aba; Brandariz García (coords.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 1ª edición, Valencia, pp. 65-122.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., (2015a), “Ciberacoso”, en Quintero Olivares, (dir.): *Comentario a la reforma de 2015*, Navarra, pp. 441-446.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2015b), “Grooming y sexting: art. 183 ter”, en González Cussac (dir.): *Comentarios a la reforma de 2015 del Código Penal*, 2ª edición, Valencia, pp. 621-628.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., (2021), “La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, pp. 307-360.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., (2013), “La Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 32, pp. 227-267.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L., (1998), “Lección X. Los delitos contra la libertad sexual”, en Rodríguez; Cobos Gómez de Linares; Sánchez Tomás, (dirs.): *Derecho Penal. Parte Especial I*, 1ª edición, Madrid, pp. 157-184.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C. (2000), *Estudios de Derecho Judicial*, n. 21, pp. 11-50.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M., (2014), “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art.183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 16, pp. 06:01-06:25.
- ROXÍN, C., (2006), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, t. I, traducción de la 2ª edición alemana, Navarra.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E, (2016), “Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en Morillas Cuevas, (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Madrid., pp. 267-292.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E, (2019), “Capítulo 12. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en Morillas Cuevas, (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Madrid., pp. 301-330.
- SAÑUDO UGARTE, I., (2016), “El grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): análisis típico y propuesta interpretativa”: *Tesis doctoral*, Universidad País Vasco, <http://hdl.handle.net/10810/18914>
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., (2012), “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, pp. 387-411.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., (2013), “Las reglas concursales en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en Fernández Teruelo; González Tascón, (coords.), “Estudios penales en homenaje al profesor Fabio Suarez Montes”, 1ª edición, Madrid, pp. 697-714.
- TAMARIT SUMALLA, J., (2002), *La protección penal del menor frente a los abusos y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2º edición, Navarra.
- TAMARIT SUMALLA, J., (2010), “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra los menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en Quintero Olivares, (dir.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, 1ª edición, Pamplona, pp.161-172.
- TAMARIT SUMALLA, J., (2016), “Capítulo II bis. De los abusos y las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en Quintero Olivares, (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Navarra, pp. 344-355.
- TAPIA BALLESTEROS, P., (2023) “Estrategia de la UE para la lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores”, *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico I, pp. 434-451.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2019), “Pederastia y pornografía” en Rodríguez Mesa (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, 1ª edición, Navarra, pp. 365-387.
- URIARTE QUESADA, D., (2015), “El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código Penal”, *Tesis doctoral*, Universidad Pablo de Olavide, <http://hdl.handle.net/10433/2886>
- VALVERDE MEGÍAS, R., (2012), “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis. Estudio crítico y sistemático”, *Práctica Penal. Cuaderno Jurídico*, n. 6, pp. 13-24.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., (2014), “Propuesta sexual telemática a menores u online child-grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, pp. 639-712.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., (2015), *El delito Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*, 1ª edición, Valencia.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., (2017), “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n. 2, pp. 1-34.