

# **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMINIDAD SEXUAL**

José Miguel de la Rosa Cortina  
Fiscal. Doctor en Derecho.

**RESUMEN:** Análisis del bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual en general y estudio de los tipos que plantean mayores interrogantes, tanto en el Código Penal vigente como en la regulación contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013

**SUMARIO** 1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL SEXUAL 1.1 Ideas generales 1.2 Evolución histórica 1.3 Evolución en el tratamiento de algunas conductas 1.3.1 Ideas generales 1.3.2 Incesto 1.3.3 Adulterio y amancebamiento 1.3.4 La homosexualidad 1.3.4 La violación dentro del matrimonio 1.3.5 La prostituta como sujeto pasivo de la violación 1.3.7 La resistencia de la mujer en la violación 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL 2.1 Ideas generales 2.2 Delitos contra la libertad sexual 3.- ESTUDIO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ALGUNOS TIPOS PROBLEMÁTICOS COMPRENDIDOS EN EL DERECHO PENAL SEXUAL 3.1 DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL 3.1.1 Problemas generales 3.1.2 Cuestiones concursales 3.1.2.1 Utilización de menores para elaborar pornografía infantil y prostitución 3.1.2.2 Pornografía infantil y agresiones o abusos sexuales 3.1.4.2 Pornografía infantil y libertad de expresión 3.1.4.2.1 Idea general 3.1.4.2.2 Relatos pornográficos 3.1.4.2.3 Pornografía infantil virtual 3.1.4.2.4 Apología de la pedofilia 3.2 DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN 3.2.1 Cuestiones generales 3.2.2 La evolución en el tratamiento del rufianismo, proxenetismo y tercería locativa 3.2.2.1 La despenalización 3.2.2.2 El regreso al Código Penal 3.2.2.3 La “expulsión” del Código Penal 3.2.3 Utilización de servicios de prostitución de menores 3.3 DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES 3.3.1 Evolución 3.3.2 Concepto 3.3.3 Justificación 3.3.4 El bien jurídico protegido 3.3.5 Elementos 3.3.6 Cuestiones concursales 3.4 TIPOS DE ACOSO SEXUAL 3.4.1 Concepto legal 3.4.2 Contexto sociológico 3.4.3 Instrumentos internacionales y supranacionales 3.4.4 Evolución en España 3.4.5 Bien jurídico protegido 3.4.6 Tratamiento en otras ramas del Derecho 3.5 EXHIBICIONISMO 3.5.1 Concepto legal 3.5.2 Evolución histórica 3.5.3 Tipo objetivo 3.5.4 Sujeto pasivo 3.5.5 Tipo subjetivo 3.5.6 Culpabilidad 3.5.7 Bien jurídico protegido 3.5.8 Concursos 3.6 DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO ENTRE MENORES 3.6.1 Concepto legal 3.6.2 El concepto de material pornográfico 3.6.3 Tipo objetivo 3.6.4 Tipo subjetivo 3.6.5 Bien jurídico protegido 3.6.6 Concursos 3.7 LA RELACIÓN ENTRE LAS AGRESIONES SEXUALES Y LAS LESIONES PSÍQUICAS 4. LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL PROYECTO DE 2013 4.1 Introducción 4.2 La edad de consentimiento sexual 4.3 Exhibicionismo 4.4 Difusión de pornografía entre menores 4.5 Corrupción de menores 4.6 Pornografía infantil 4.6.1 Introducción 4.6.2 Difusión de material pornográfico 4.6.3 El nuevo concepto de material pornográfico infantil 4.6.4 Los subtipos agravados 4.6.5 Subtipo hiperagravado 4.6.6 Asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos 4.6.7 Acceso a la pornografía infantil 4.6.8 Excusa absolutoria en relación con la pornografía infantil virtual 4.6.9 Supresión del tipo de pseudopornografía infantil 4.6.10 Child grooming 4.7 Explotación de la prostitución consentida 4.8 Embaucamiento

## **1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL SEXUAL**

### **1.1 Ideas generales**

El Derecho Penal debe asumir la función de ser última línea de defensa de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad y de sus miembros frente a los ataques más graves. Qué duda cabe que algunos de estos valores van cambiando conforme la sociedad evoluciona y que estos cambios deben tener reflejo en modificaciones de las normas penales. El cambio es inherente a las sociedades y por ende, al Derecho. Ello no

obstante, parece claro que debe preservarse una mínima estabilidad en el ordenamiento jurídico penal.

Los delitos contra la libertad sexual integrarían la categoría de los delitos *prohibita quia mala*, esto es, de los denominados delitos naturales, pero es lo cierto que la experiencia muestra una profunda tendencia hacia el cambio también en este ámbito. En este sentido se ha escrito que “conductas que podían ser consideradas durante el siglo pasado como muy graves por lesionar bienes de gran importancia, hoy nos resultan inocuas o a lo sumo, inmorales, dignas sólo de un reproche social”<sup>1</sup>

Los cambios en el Derecho Penal Sexual normalmente –no siempre- responden a un cambio de valores en la sociedad. Decimos que no siempre porque ha habido modificaciones con freno y marcha atrás como consecuencia de reacciones sociales en contra. Así por ejemplo el tratamiento que el CP 1995 dio a la protección de la sexualidad de la infancia motivó una inmediata contrarreforma en 1999 propugnada por la mayoría de las fuerzas con representación parlamentaria. Incluso algún autor al analizar la inestabilidad de las normas penales en materia sexual pone en duda si esta circunstancia se debe a que los nuevos estándares de comportamiento sexual demandan las reformas o si son las sucesivas reformas las que, con objetivos pedagógicos, preconizan una nueva concepción de la sexualidad<sup>2</sup>.

Para ilustrar estas afirmaciones iniciales nada mejor que hacer un rápido recorrido por las sucesivas reformas en la materia.

## 1.2 Evolución histórica

Tradicionalmente el bien jurídico protegido en estos delitos era la moral sexual dominante. Es importante señalar, como hacen algunos autores, que los delitos sexuales en su inmensa mayoría son delitos con sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer<sup>3</sup>. Esta circunstancia, sin duda, ha condicionado la evolución del Derecho Penal Sexual.

DIEZ RIPOLLÉS encuentra unos elementos comunes en el Derecho Penal Sexual durante 130 años, desde el código de 1848 hasta las reformas que empezaron a tener lugar en 1978, en los que “sus contenidos se mantuvieron sustancialmente inalterados, apoyados en un objeto de tutela incuestionado, la honestidad o moral sexual colectiva”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CARUSO FONTÁN “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>2</sup> VALLEIJE, I. “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 2000, pág. 317.

<sup>3</sup> En este sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011

<sup>4</sup> Señala este autor que “El código de 1848 configuró los delitos sexuales en los siguientes bloques (1): a. Unos delitos de *adulterio* y *amancebamiento*, con trato de favor a la conducta delictiva del marido, y posibilidad de atenuante o eximente para el marido ofendido que mata o lesiona a adúlteros. b. Un delito de *violación*, con tres modalidades -fuerza o intimidación, privación de sentido o de razón, minoría de 12 años-, a las que iba referido un delito de abusos deshonestos que se diferenciaba de la violación en que el comportamiento sexual era uno distinto al de yacer con una mujer. c. Dos delitos de *estupro*, caracterizados por el yacimiento con mujer doncella entre 12 y 23 años, con engaño u ocupando una

Nuestro primer Código Penal, el de 1822, reguló los delitos de carácter sexual dentro de dos capítulos: el capítulo IV, *De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos* y capítulo V, *Del adulterio y del estupro alevoso*. Sancionaba el adulterio y el amancebamiento (arts. 683 a 685, 674), así como la eximente y atenuante ligada a la muerte o lesiones causadas por marido y un amplio número de parientes en relación a actos sexuales de hija, nieta, descendiente (arts. 619, 620, 656). Se castigan las palabras o acciones obscenas o indecentes en público, y las publicaciones obscenas (arts. 527 a 534).

El CP de 1850 incluyó el delito de escándalo público (ofensas al pudor o buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia). Se introdujo también una falta de exposición pública o expendición de estampas ofensivas del pudor y las buenas costumbres.

El CP 1870 amplía el delito de escándalo público con dos nuevos tipos: la realización de matrimonio civil estando ya casado religiosamente con otra persona, y viceversa; y la exposición o proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública.

La dictadura de Primo de Rivera con el Código penal de 1928 adoptó un criterio todavía más paternalista en materia sexual, incorporando a la ley criterios de fuerte contenido moral<sup>5</sup>.

El CP 1932 suprime los delitos de adulterio y amancebamiento, y la eximente y atenuante por la muerte o lesiones causadas por el marido a los adúlteros, o por los padres a sus hijas y corruptores. Se deroga igualmente el delito relativo a la bigamia mediante matrimonio civil y religioso.

El CP 1944 reintroduce el adulterio y el amancebamiento, y la eximente y atenuante por muerte o lesiones causadas por marido a adúlteros o padres a hijas y sus corruptores. Se recuperan las figuras de raptó. Se mantienen los tipos de corrupción de menores<sup>6</sup>.

---

posición de autoridad o guarda sobre la estupro, más un delito de estupro-inceto sin límites de edad en la víctima hermana o descendiente; además, el correspondiente delito de abusos deshonestos si la conducta sexual no consistía en yacimiento. d. Unos delitos de *raptó con miras deshonestas*, punibles en diferente medida si se realizaban contra la voluntad de la mujer, o con su anuencia siendo menor de 12 años o doncella entre 12 y 23 años; se añadía un delito de sospecha si no aparecía la raptada. e. Un delito de promoción o facilitación de la *prostitución o corrupción de menores* de edad, siempre que mediare habitualidad, abuso de autoridad o de confianza; los padres disponen respecto a sus hijas menores de 23 años y sus corruptores de la misma atenuante y eximente que el marido ofendido que mata o lesiona en el adulterio. La prostitución de adultos sólo será objeto de consideración en una falta que castigaba la infracción de los reglamentos de policía sobre mujeres públicas. f. Tres faltas contra las *buenas costumbres*, alusivas a acciones públicas deshonestas ofensivas al pudor, proferimiento en público de palabras obscenas, y baños contra las reglas de decencia o seguridad". DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis "Comentarios al código penal. parte especial" Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004

<sup>5</sup> CARUSO FONTÁN "Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual" Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>6</sup> Para PUIG PEÑA "en el nuevo Estado, los principios del Movimiento postulan la más firme moralidad sexual; y las normas dictadas en esta materia tienden a acabar con aquella relajación, fuente de innumerables desventuras...la legislación republicana, en vez de atajar este mal, coadyuvó indirectamente a su imperio con la derogación de algunas figuras delictivas, como el adulterio y amancebamiento".

La reforma de 1963 suprimió la eximente o atenuante por muerte o lesiones causadas por marido a adúlteros o padres a hijas y sus corruptores.

En las décadas de los 70 y 80 se introducen reformas en las que se va lentamente abandonando el bien jurídico honestidad y sustituyéndolo por el bien jurídico libertad sexual.

A partir de 1978, en base a los Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977 se promulga la Ley 22/1978, de 26 de mayo que deroga los arts. 449 al 452 sobre el adulterio y amancebamiento que deja de ser infracción penal, y la Ley 46/1978, de 7 de octubre que modifica los delitos de estupro y rapto<sup>7</sup>.

La promulgación de la Constitución española, con sus nuevos valores y con su sistema de derechos fundamentales trae consigo un impacto directo en el Derecho Penal Sexual. Se va asentado la idea de que lo que debían ser tutelados eran bienes individuales, la libertad sexual de cada persona<sup>8</sup>.

La LO 8/1983, de de 25 de junio introduce cambios en los delitos relativos a la prostitución.

La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 introduce el título “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (arts. 169 a 186). El Proyecto de 1980 los denomina “Delitos contra la libertad sexual”.

La Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio reformuló los antiguos delitos de escándalo público y las correlativas faltas contra las buenas costumbres. Se mantiene únicamente el castigo de actos lúbricos o exhibiciones obscenas ante terceros que no hubieran prestado el consentimiento, menores o deficientes, y de conductas de difusión de pornografía a menores o deficientes.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio trae consigo el gran cambio, que fundamenta en “una exigencia que cada día se perfila con más nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad”, y por la necesidad de “respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos”. El epígrafe del Título, “Delitos contra la honestidad” es sustituido por el de “Delitos contra la libertad

---

<sup>7</sup> la Ley 22/1978 suprimió los delitos de adulterio y amancebamiento y, poco después, la Ley 46/1978 procedió a modificar los delitos de estupro y rapto. Por su parte, la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio reformuló los antiguos delitos de escándalo público

<sup>8</sup> Para CANCIO se produce “el tránsito de una regulación centrada en una moral sexual colectiva asimétrica, orientada hacia la atribución de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (*honestidad*), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodeterminarse en este contexto), es decir, de un Derecho penal sexual *patriarcal*, hacia una regulación centrada en la libertad sexual de todos” CANCIO MELIÁ, Manuel “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011

sexual". Se suprimen las referencias a la deshonestidad. Los delitos de abusos deshonestos pasan a denominarse de agresiones sexuales.

El CP 1995 consolida esta estructuración del Derecho Penal sexual sobre el pilar de la libertad sexual como bien jurídico protegido.

Sin embargo, la evolución no cesó. Inmediatamente tras la entrada en vigor del CP de 1995, el Congreso de los Diputados aprobó una moción por la que se instaba al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica revisora de alguno de los tipos penales para garantizar una mayor tutela de los menores en el ámbito sexual.

La proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y publicada el día 4 de noviembre de 1996 declara que *el Congreso de los Diputados insta al Gobierno para que se presente, en el plazo más breve posible, un Proyecto de Ley Orgánica que modifique parcialmente el Título VIII del nuevo Código Penal en el sentido de que se tipifique el delito específico de "corrupción de menores", ya que en su actual redacción sólo se castigan de forma individualizada los delitos relativos a la prostitución, así como que se penalice al que por cualquier medio vendiere, difundiere, exhibiere o facilitare la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores, y que se reelabore, de acuerdo con el reproche social que produce, y la gravedad del delito, el sistema de penas que dicho Título VIII establece para las conductas delictivas del mismo*<sup>9</sup>.

La Cámara decidió, por unanimidad, aprobar la enmienda transaccional presentada por Convergència i Unió: *El Congreso de los Diputados insta a presentar, en el plazo más breve posible, un Proyecto de Ley Orgánica en el que: 1. Se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores, específicamente, mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual. 2. Se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos, cuando en ellos aparezcan menores de edad.*

La enmienda cristaliza en la LO 11/1999, de 30 de abril que en su Exposición de Motivos afirmaba que la redacción de 1995 "no responde adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego".

---

<sup>9</sup> A juicio del Grupo Popular, el hecho de que "delitos como la corrupción de menores no aparezca penalizada se trata de un olvido involuntario por parte del legislador que es necesario remediar si no se quiere provocar alarma social y, sobre todo, dejar casi impunes conductas delictivas que deberían tener la máxima sanción penal de acuerdo con lo que es una conciencia social muy sensibilizada hacia este tipo de comportamientos que cada vez son más habituales en nuestro país". Asimismo, se estima que las penas con las que se conminan las conductas tipificadas en el Título VIII no son las más acordes con la gravedad y reprochabilidad social de las mismas, y, en fin, que el límite de edad cifrado en doce años para los abusos sexuales resulta insuficiente, "ya que ¿qué libertad sexual puede tener un menor que por su propia edad está sujeto a la tutela e influencia decisiva de otras personas?"

La reforma fue dura e injustamente criticada por un amplio sector doctrinal. Pocas voces se alzaron en su defensa<sup>10</sup>.

En los últimos años puede constatarse una clara tendencia hacia la intensificación de la protección de la indemnidad de menores e incapaces, en la línea de los muchos instrumentos internacionales y supranacionales aprobados.

La reforma de la LO 15/2003, reforzó de nuevo las penas y modificó y endureció los delitos de pornografía infantil (art. 189.1 *in fine*).

La LO 11/2003 reintrodujo la punición de determinadas formas de proxenetismo (art. 188.1 *in fine*).

La LO 5/2010 introduce para los delitos sexuales la nueva medida de libertad vigilada (art. 192.1) y la pena de privación de la patria potestad (art. 192.3); aumenta las penas para las agresiones sexuales; en los delitos de abusos se introduce en el art. 181 una nueva modalidad, de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; las agresiones y abusos cometidos frente a menores de trece años se regulan en un nuevo Capítulo II bis, de modo separado y se introduce el delito de *grooming*; se incrimina expresamente la conducta del cliente de menores prostituidos y se incluyen nuevas conductas típicas en relación con la pornografía de menores (art. 189.1 a) y b), agravándose también aquí las penas<sup>11</sup>. La reforma 5/2010 implica un importante endurecimiento de los tipos del Derecho Penal Sexual, en parte para cumplir con las exigencias de la Decisión Marco 2004/68/JAI pero en parte, como algún sector doctrinal subraya, “por propia y libérrima iniciativa”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Para BUENO ARÚS “a pesar de la reiteración con que algunos sectores doctrinales han reprochado al Gobierno haber pretendido introducir en el Proyecto su propia moral (personal, religiosa y pretridentina, por supuesto), respondo que no ha sido así y que tal imputación es consecuencia de la imaginación y de los prejuicios ideológicos de quienes lo afirman. Y creo que puedo hablar con conocimiento de causa. Desde el primer borrador hasta el Proyecto final, se ha pretendido hacer un texto que respondiera a las exigencias sociales, nacionales e internacionales, de nuestro tiempo, alarmado por los abusos sexuales que parece estar de moda cometer con los menores” BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999” Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag 273

En esta misma línea, para TORRES “la reforma legislativa llevada a efecto por la L.O. 11/1999, de 30 de abril, de modificación de Título VIII del Libro II del Código penal supone un significativo cambio de los delitos contra la libertad sexual propiciado por la intención de subsanar los numerosos defectos que fueron advertidos y denunciados con prontitud y acierto por la doctrina penal, desde el momento mismo de la aprobación del todavía joven Código penal de 1995” TORRES FERNÁNDEZ, María Elena “El nuevo delito de corrupción de menores” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-12 (1999)

<sup>11</sup> Para CANCIO la reforma de 2010 la legislación española en materia de delitos sexuales sigue en esta reforma inmersa en aquella espiral de aceleradas modificaciones, de nuevas tipificaciones en la periferia, los márgenes y el subsuelo del bien jurídico libertad sexual en la que entró hace ya hace tiempo. Este modo de legislar ha acabado dejando sumida la regulación en un desorden de cualificaciones y hipercualificaciones, actos preparatorios y tipos vaporosos. Una espiral de la que sólo una exhaustiva reordenación y reformulación integral parece poder salvar a las infracciones sexuales.

<sup>12</sup> MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” 9ª edición Thomson Reuters pag. 312

La LO 5/2010 en su Exposición de Motivos declara que *junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...*

Vemos, pues, cómo la evolución aún no se ha cerrado, orientándose las últimas reformas hacia una mayor protección de la infancia. El Derecho ha de estar inspirado sobre el principio Maxi/Min, enraizado en la teoría de la Justicia de John Rawls: exigencia del máximo grado de protección para los menos aventajados, o como expresa PÉREZ LUÑO en relación con los niños, “garantía de la máxima protección para los que tienen menos edad”<sup>13</sup>. Es necesario otorgar la máxima protección a los que más lo necesitan, los niños.

### **1.3 Evolución en el tratamiento de algunas conductas**

#### **1.3.1 Ideas generales**

En las concepciones iniciales del Derecho Penal sexual se partía de una idea básica: “la esposa, la hermana, la hija debían ser protegidas por honestas y por guardianas de la honestidad familiar”<sup>14</sup>.

#### **1.3.2 Incesto**

Existe consenso en que aunque no en todas las civilizaciones ha sido visto como malo e inmoral (así por ejemplo, dinastías de Egipto y Perú antiguos) la prohibición de mantener relaciones sexuales con parientes muy cercanos ha sido norma común de la conducta humana desde que existen registros.

Señala MORILLAS CUEVAS que “la mayoría de las veces son encontradas anomalías psíquicas que interfieren notablemente en el comportamiento incestuoso del sujeto”<sup>15</sup>.

En las Partidas (Partida 7.18.1) se sanciona con gran severidad el incesto, entendido en sentido canónico, abarcando los parientes hasta el cuarto grado, es decir, entre aquellos que no podían contraer matrimonio.

---

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique “La protección de los datos personales del menor en Internet” Revista Española de Protección de Datos, nº 5, julio-diciembre de 2008 pag. 43

<sup>14</sup> ORTS BERENGUER, Enrique.: “Los delitos de agresiones y abusos sexuales tras la reforma de la Ley Orgánica 11/1999”, en *Protección Jurídico-Penal de la mujer maltratada*, La Coruña, 2000, pág. 110.

<sup>15</sup> MORILLAS CUEVAS Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1976, fascículo II.

En el CP 1848 el incesto se configura como modalidad del delito de estupro, no exigiéndose los requisitos de honestidad y de edad del sujeto pasivo, requeridos por el tipo básico de estupro, en base a que se consideraba una conducta más grave.

Pronto se alzaron voces contra la criminalización del incesto. Tanto GROIZARD<sup>16</sup> como PACHECO<sup>17</sup> se posicionaron en favor de la descriminalización.

Pese a esta posición doctrinal, el Código Penal de 1928 tipifica aún con más claridad el incesto como delito independiente, al margen de cualquier fundamento subyacente de abuso de superioridad<sup>18</sup>. JIMENEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA conectan esta renovada tipicidad del incesto con la relevancia que en esas fechas empezaban a cobrar las preocupaciones eugenésicas<sup>19</sup>.

El IX Congreso Internacional de Derecho Penal de La Haya celebrado en 1964, ante la constatación de que el Derecho comparado ofrecía un amplio número de países que seguían castigando el incesto, asume una postura equidistante y recomienda en su resolución II que en los países en los que el incesto esté incriminado se limite la punición a las relaciones entre ascendientes y descendientes y hermanos y hermanas

En el CP republicano el incesto de nuevo pasa a configurarse como modalidad de estupro.

Un numeroso grupo de autores, hasta época reciente, consideraba que el bien jurídico protegido era distinto de la libertad sexual: CUELLO CALÓN se refería a “la lesión al orden moral y jurídico familiar cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre personas unidas por íntimos vínculos de sangre”. También la STS de 22 de mayo de 1971 considera que el estupro incestuoso supone un “quebranto de los vínculos de sangre” desbordando “los estrictos límites del delito para acoger la grave ofensa perpetrada contra el ente familiar, como un eco de ancestral y sacrosanto horror con que siempre fue mirado el incesto por casi todos los pueblos”. Frente a este sector, en nuestra opinión, con mayor acierto, MORILLAS CUEVAS entendía que aún en estos casos el bien jurídico protegido debía ser el mismo que en el estupro en general, esto es, la libertad sexual.

---

<sup>16</sup> ¿Dónde está en el incesto el derecho herido, que la espada de la justicia debe vengar? ¿Dónde la racional posibilidad de su comprobación, sin los inconvenientes de un procedimiento inquisitivo atentatorio al respeto familiar? El incesto no reúne las notas indispensables para que un acto sea elevado por la ley a la triste categoría de delito GROIZARD, A., Y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893pág. 148.

<sup>17</sup> «Que la religión condene tales acciones, que las reprima con su divino poder el confesionario, nada nos parece más justo ni más natural. Pero la ley debe prescindir de ellas y no causar por su acción escándalos mayores que los que quiera corregir», PACHECO, J. F.: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, Tomo III, Madrid, 1849, pág. 141.

<sup>18</sup> El incesto será castigado: 1º El de ascendientes con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. 2º El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión. Con las mismas penas respectivamente serán castigadas las relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores. Si los hechos comprendidos en este artículo tuvieren lugar con escándalo público, se impondrá la pena en su grado máximo

<sup>19</sup> Jimenez de Asúa y Antón Oneca Derecho Penal Tomo II pag. 223

En 1978 el incesto se consolida como agravante del estupro de prevalimiento<sup>20</sup>.

En la actualidad los vínculos familiares ni siquiera constituyen una agravación específica de los tipos de abuso sexual con prevalimiento. No obstante, si la conducta es por sí delictiva, podrá intensificarse el reproche penal a través de la regla específica del art. 192.2 CP, si el sujeto pasivo es menor<sup>21</sup> o en otro caso a través de la circunstancia modificativa mixta de parentesco (art. 23 CP).

### **1.3.3 Adulterio y amancebamiento**

Fueron conductas delictivas hasta 1978. El adulterio lo cometía la mujer casada y su amante. Un sólo yacimiento extramatrimonial de la mujer era ya delito.

El CP 1848 regulaba el adulterio en los arts. 349, 350, 351 y 352<sup>22</sup> y el amancebamiento en el art. 353<sup>23</sup>.

El marido no cometía adulterio, sólo podía perpetrar el delito de amancebamiento, que exigía que desarrollara una relación análoga a la conyugal con una mujer que no fuera su esposa, siendo necesaria la habitualidad en la relación, y que la relación lo fuera “con escándalo”, esto es, con notoriedad, como expresamente se estableció desde 1944.

En 1978, como consecuencia de los Pactos de la Moncloa, se derogan estos delitos.

### **1.3.4 La homosexualidad**

En los ordenamientos medievales se le denominaba sodomía y tenía la consideración de delito grave.

---

<sup>20</sup> Art. 434: La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estupro

<sup>21</sup> Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

<sup>22</sup> El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometten adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 350: No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio, o perdonado a cualquiera de ellos.

Art. 351: El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte, volviendo a reunirse con ella. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.

Art. 352: La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de penas.

<sup>23</sup> El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 350 y 351 es aplicable al caso de que se trata en el presente

En el Derecho romano, en la época primitiva, el sodomita, al igual que el asesino y el que atenta contra el pudor de las vírgenes era juzgado como traidor<sup>24</sup>.

En el Fuero Juzgo (libro III, título V) los sodomitas son castigados con la castración: *onde los que yacen con los barones, o los que lo sufren deven ser penados por la esta ley, en tal manera, que después que el Juez este mal supiere, que los castre luego a ambos*. Este tratamiento se mantiene en el Fuero Real, donde además se considera injuria grave llamar a otro sodomítico<sup>25</sup>.

En las Partidas se define la sodomía como *el pecado en que caen los omes yaziendo unos con otros contra natura e costumbre natural* y se castiga con la muerte. Se justifica dicha pena *porque de estos hechos sale ende mala fama, no tan solamente a los fazedores, mas aún a la tierra, do es consentido*<sup>26</sup>.

Los Reyes Católicos, en Medina del Campo, el 22 de agosto de 1497, establecen como pena para este delito “no digno de ser nombrado” la pena de muerte a ejecutar en la hoguera (*sea quemado en llamas de fuego*), y ordenan su sanción aún en grado de tentativa.

Felipe II, con el fin de facilitar la prueba del denominado “pecado nefando” fijó en tres los testimonios necesarios para dar por probados los hechos, según pragmática de 1598<sup>27</sup>.

Con la codificación se produce la descriminalización.

No obstante, en el CP 1928 el art. 601 sanciona como abuso deshonesto cualificado el abuso con persona del mismo sexo del culpable<sup>28</sup>. El art. 616 castiga igualmente la homosexualidad como modalidad del escándalo público<sup>29</sup>

Pese a su descriminalización, la Ley de Vagos y Maleantes, tras su modificación en 1954, consideraba la práctica de la homosexualidad como un estado peligroso, aun cuando se practicara con adultos, concurriera pleno consentimiento y no trascendiera al público<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> MOMMSEN “Historia de Roma” tomo I pag. 201

<sup>25</sup> También son injurias graves “cornudo” y para la mujer casada “puta”.

<sup>26</sup> CUELLO CALÓN “Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo VII. Septiembre diciembre 1954 pag. 498

<sup>27</sup> CUELLO CALÓN “Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo VII. Septiembre diciembre 1954 pag. 498

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel “El delito de escándalo público” Editorial Tecnos, 1970 pag. 38

<sup>28</sup> “el que sin ánimo de acceso carnal, abusare deshonestamente de una mujer, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el art. 598, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión. Cuando el abuso deshonesto, concurriendo cualquiera de las circunstancias mencionadas en el art. 598, tuviere lugar con persona del mismo sexo del culpable, se impondrá la pena de dos a doce años de prisión”

<sup>29</sup> El que habitualmente o con escándalo cometiere actos contrarios al pudor con persona del mismo sexo, será castigado con multa de 1000 a 10000 pts e inhabilitación para cargos públicos de seis a dos años

<sup>30</sup> La Ley de vagos y maleantes fue una Ley republicana, aprobada por todos los Grupos Parlamentarios, de 4 de agosto de 1933, referente al tratamiento de vagabundos, proxenetas y cualquier otro elemento

La Fiscalía, en épocas no muy lejanas, seguía siendo beligerante contra la homosexualidad. La Circular 1/1965, de 24 de abril declara que “son ya desde hace años bastante frecuentes, en algunas regiones, los actos de pederastia y sodomía, que han motivado sanciones penales, pero no puede olvidarse que el nº 2 del art 2 de la Ley de 4 de agosto de 1933, reformada por la de 15 de julio de 1954, comprende ese vicio como determinante de las medidas de seguridad que la Ley establece. Su rigurosa aplicación es inexcusable, tanto en aras de la decencia como para liberar a los sodomitas de su horrenda aberración sexual...”

### **1.3.4 La violación dentro del matrimonio**

Tradicionalmente se descartó esta posibilidad, partiendo del concepto de débito conyugal y de la no lesión al bien jurídico protegido, la honestidad<sup>31</sup>.

Frente a estas posturas se ha afirmado que “negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. Las probables dificultades de pruebas e, incluso, los inconvenientes derivados del hecho de que, una vez presentada denuncia, ya no es posible el perdón extintivo de la responsabilidad criminal, no pueden alterar los términos del debate, que ha de ceñirse a afirmar o negar la libertad sexual de los cónyuges. La visión del matrimonio como institución encaminada al libre y más sólido desarrollo de la integridad personal impide ver en él cualquier efecto extintivo respecto a la libertad sexual de sus protagonistas”<sup>32</sup>.

No ha sido hasta épocas recientes, partiendo del reconocimiento del bien jurídico protegido libertad sexual, cuando se reconoce esta posibilidad.

### **1.3.5 La prostituta como sujeto pasivo de la violación**

Doctrinalmente llegó a negarse la posibilidad de violación de la prostituta ante la ausencia de una honestidad que tutelar.

Tradicionalmente nuestros Códigos dieron una protección inferior a los atentados sexuales contra mujeres prostitutas. El CP 1822 estableció una gran diferencia en la penalidad de la violación, los abusos deshonestos, el rapto, o los ultrajes públicos al

---

considerado antisocial. La ley fue modificada el 15 de julio de 1954, para incluir la represión de los homosexuales. Fue sustituida y derogada por la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social de 5 de agosto de 1970 que siguió considerando estado peligroso la homosexualidad (Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad). En enero de 1979 se eliminaron varios artículos de la ley entre ellos el referente a la homosexualidad. La ley de peligrosidad social fue derogada completamente el 23 de noviembre de 1995

<sup>31</sup> Para GROIZARD, op cit. “la mujer casada cuenta entre sus deberes, como primero, el de no negarse a la realización de los fines del matrimonio, y entre todos ellos no hay ninguno más culminante que el de la procreación. Ningún derecho es en ella atropellado por el marido, obligándola contra su voluntad, a realizar con él un acto que no tiene ella ningún derecho para no prestarse a ejecutarlo”.

<sup>32</sup> MARCHENA GOMEZ, Manuel “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Organica 3/1989)” Diario La Ley, 1990, pág. 1150, tomo 2, Editorial LA LEY

pudor de la mujer prostituida. Concretamente su violación se sancionaba con la mitad de la pena prevista para el tipo común<sup>33</sup>.

Conforme al art. 600 CP 1928 *si la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución, se impondrá al culpable la pena de uno a tres años de prisión.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo optó definitivamente por admitir tal posibilidad partiendo de que la prostituta mantiene la titularidad de una libertad sexual ejercitable a su albedrío.

La STS 26 de septiembre de 1986<sup>34</sup> declara en este sentido que “nada obsta a la consumación el que la mujer siga de grado al varón, que haya previamente estipulado un precio o promesa por el yacimiento, cuando llegados el momento de la consumación se olvidan unos y otros y se recurre a las formas comisivas que integran el delito de violación...comete violación quien, como el procesado, tras haber concertado por precio aplazado la realización del acto carnal con una prostituta, llegados a lugar convenido y reclamar la mujer precio pactado, se niega a entregarlo y bajo amenazas anula la voluntad de la mujer y consigue realizar el acto carnal.”.

### **1.3.7 La resistencia de la mujer en la violación**

Las concepciones sobre la denominada por Ovidio *vis grata puellae* han servido para buscar espacios de impunidad en supuestos en los que la mujer abandonó la resistencia por considerarla inútil.

En el Quijote Sancho Panza, siendo gobernador de la ínsula Barataria absuelve a un ganadero de la acusación de violación. El fundamento radicaba en que se había

---

<sup>33</sup> Los siguientes artículos resultan esclarecedores de la protección que el legislador de 1822 había decidido darle a la prostituta en materia de delitos sexuales. Artículo 670: «En todos los casos de dichos cuatro artículos si se cometiere el delito contra mujer pública, conocida como tal, se reducirá la pena a la mitad.»

Art. 673: «El que cometa cualquier otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá una reclusión de cuatro meses a un año, y dos más de destierro del lugar en que hubiese la persona ultrajada y diez leguas en contorno. Si fuere mujer pública conocida por tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses.»

Art. 687: «El que abusare del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de ésta, privándole previamente para ello del uso de su razón con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella este sin sentido por un accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia, sufrirá igual pena que la prescrita en el artículo precedente, no pudiendo ser acusado sino por la mujer o por su marido. El que cometa este propio delito contra cualquier otra persona que no sea mujer pública, conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido.»

Art. 688: «El que abuse deshonestamente de una mujer no ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente por medio de un matrimonio fingido y celebrado con las apariencias de verdadero, sufrirá la pena de ocho a doce años de obras públicas, con igual destierro mientras viva la ofendida. Si la engañada fuera mujer pública conocida como tal, sufrirá el reo de matrimonio fingido tres a seis años de obras públicas, y cuatro más de destierro del pueblo donde cometiere el delito.»

Art. 689: «El que abusare de una mujer engañándola por medio de casamiento que celebre con ella mientras se halle casado con otra, o siendo de orden sacro o regular profeso, sufrirá además de la pena de bigamo según el capítulo tercero, título séptimo de la primera parte, el resarcimiento de perjuicios, y dos años más de obras públicas, como estuprador alevoso, siempre que la mujer haya sido efectivamente engañada, y no sea ramera conocida como tal.»

<sup>34</sup> Pte: Latour Brotóns, Juan

aprovechado de su cuerpo no pudiendo luego sacarle la bolsa de las uñas. Sancho Panza en su resolución absolutoria declara que “si el mismo aliento y valor que había demostrado para defender su bolsa, le mostrara y aún la mitad menos, para defender su cuerpo, las fuerzas de Hércules no le hicieran fuerza”

Para Groizard y Gómez de la Serna “la simple negativa no es bastante. Cuando los labios dicen que no, pero no es toda la posible la resistencia que la mujer opone con su cuerpo, hay lugar a sospechar que, más que a salvar su honor, a salvar las apariencias de su honor es a lo que aspira”<sup>35</sup>.

Las concepciones que exigían una resistencia poco menos que heroica de la mujer han sido afortunadamente superadas.

## **2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

### **2.1 Ideas generales**

La teoría del bien jurídico en el Derecho penal no es pacífica, existiendo pluralidad de posiciones metodológicas. No existe consenso general sobre la misma, e incluso algunos sectores la niegan<sup>36</sup> pero puede decirse que es mayoritaria la posición de quienes defienden su existencia y su función de límite y orientación del *ius puniendi* del Estado. Por lo demás, la frecuente utilización de esta categoría en las resoluciones del Tribunal Supremo confirman su plena vigencia.

Admitiendo por tanto la categoría, puede afirmarse que el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos. El bien jurídico es “un valor de la vida protegido por el Derecho”<sup>37</sup> o, en palabras de VON LISZT, “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”.

Entendemos especialmente adecuado el concepto de bien jurídico que aporta LUZÓN PEÑA “*condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad*”. Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en todo caso deben ser considerados *socialmente valiosos* y por ello dignos de protección jurídica<sup>38</sup>.

El Derecho Penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma.

---

<sup>35</sup> GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, op cit. pág. 86.

<sup>36</sup> La más conocida es quizás la posición de Günther Jakobs, que entiende que el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma. Puede también consultarse PÉREZ DEL VALLE, Carlos “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos” Indret 379

<sup>37</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN “Derecho Penal Parte General” Universidad de Valencia 1984

<sup>38</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Madrid, 1996. pag. 327

Se ha considerado tradicionalmente que el bien jurídico cumple cuatro funciones: función de límite y orientación del *ius puniendi*, función sistemática, función interpretativa (exegética) y función de criterio de medición y determinación de la pena

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Para que una conducta pueda tener la consideración de delito es necesario que lesione o ponga en concreto o abstracto peligro a un bien jurídico protegido<sup>39</sup>.

La delimitación del bien jurídico es esencial en la exégesis de los tipos penales. No se trata de disquisiciones escolásticas o de filigranas teóricas. Su correcta determinación tiene un impacto decisivo en la aplicación de la correspondiente figura delictiva. El bien jurídico protegido cumple la función de servir de pauta hermenéutica para los operadores jurídicos a la hora de subsumir hechos en un tipo penal. Igualmente inspira al Legislador para graduar la intensidad de la respuesta penal. El bien jurídico protegido es “el criterio sobresaliente para la interpretación teleológica”<sup>40</sup>.

La determinación del bien jurídico protegido tiene efectos prácticos decisivos. Como se ha señalado, “no todo hecho subsumible formalmente en el tipo es automáticamente relevante para el Derecho penal. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. Tal construcción sólo admite la excepción de los delitos de peligro abstracto puro”<sup>41</sup>.

En este contexto, la correcta delimitación del bien jurídico puede servir para una estimación de la denominada teoría de la adecuación social<sup>42</sup> o para llegar a la conclusión de que no concurre antijuridicidad material y, por tanto, la conducta analizada no debe ser perseguida<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Desde esta perspectiva, solamente pueden tipificarse como delitos conductas que lesionen bienes constitucionalmente protegidos, es decir, el Legislador no tendría libertad para acuñar bienes jurídicos ex nihilo.

En este sentido se ha defendido por GONZÁLEZ RUS que en la determinación del ilícito penal la Constitución es un elemento de obligada referencia, lo cual se justifica desde una doble perspectiva, a saber: jurídica, en cuanto que constituye la norma fundamental a la que deben someterse las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico y; política, desde el momento en que se concibe como el instrumento más fiable al que recurrir en la búsqueda de principios y valores socialmente compartidos. De esta forma –aduce– sólo al tomar como referente la Constitución se elimina el riesgo de “perversión” del concepto de bien jurídico. En resumen, bienes defendibles –desde esta perspectiva constitucional– lo serían: a) los directamente reconocidos a los ciudadanos en la ley fundamental, b) los recogidos en convenciones internacionales incorporadas al Derecho interno, c) los bienes colectivos reconocidos por la carta magna y, d) los constitucionalmente “integrables”, “homologables” o “asimilables” a los propiamente constitucionales, entre los que incluye los denominados “delitos obstáculos” GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico ADPCP, 1982, 718.

<sup>40</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “Comentarios al código penal. parte especial” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004

<sup>41</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel “Derecho Penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, 2005

<sup>42</sup> Como expone MUÑOZ CONDE, “ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social” En “Teoría General del Delito” Tirant Lo Blanch, 2004 pag. 62

<sup>43</sup> “Una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al

El bien jurídico es, además, útil en muchos casos para delimitar si dos o más delitos aplicables a un mismo supuesto de hecho deben regirse por los principios del concurso de Leyes o por los del concurso de delitos.

Los Códigos Penales ordenan o deben ordenar los delitos en función del bien jurídico protegido y la rúbrica del título debe describir el objeto de protección. Esta idea la subrayaba el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Es la denominada función sistemática o *clasificadora* del bien jurídico, que reviste especial importancia en el proceso de formación de la ley penal.

Pueden distinguirse los bienes jurídicos individuales, que son aquellos que tienen como titular al sujeto individualmente considerado y los bienes jurídicos colectivos (*supraindividuales, suprapersonales o universales*), cuya titularidad es compartida por el conjunto de la sociedad. Cuando de bienes colectivos se trata, el consentimiento de los concretos sujetos afectados por el hecho suele ser irrelevante.

La delimitación de los bienes personales de los colectivos lleva aparejada una consecuencia prevista en el propio CP, que excluye como regla general de la continuidad delictiva, por aplicación del art. 74 las "ofensas a bienes eminentemente personales"<sup>44</sup>.

## 2.2 Delitos contra la libertad sexual

Puede definirse la libertad sexual como "la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad"<sup>45</sup>.

---

bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción". MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito" Tirant Lo Blanch, 2004 pag. 103

Para VEGA GUTIÉRREZ "En el ámbito de la interpretación teleológica y valorativa, el bien jurídico desempeña una importante función de orientación sobre el sentido y finalidad protectora de los tipos, de tal forma que podrá excluir de la tipicidad conductas que, aunque aparentemente encajan en la norma, en realidad no lesionan ni ponen en peligro el concreto bien jurídico protegido por la misma" VEGA GUTIÉRREZ, José Zamyra "El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español" Universidad de Alcalá, 2010 pag. 91

<sup>44</sup> Vid art. 74.3 CP quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

<sup>45</sup> MARCHENA GOMEZ, Manuel "Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Organica 3/1989)" Diario La Ley, 1990, pág. 1150, tomo 2, Editorial LA LEY

Debe en todo caso partirse del concepto libertad.<sup>46</sup> Pueden distinguirse dos derivaciones de la libertad: “la libertad positiva implica la posibilidad de elegir si llevar a cabo determinada acción. De esta forma, se atentará contra la libertad positiva impidiendo actuar. La libertad negativa, por su parte, acarrea el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin haber prestado un consentimiento válido; por ello, se atentará contra la libertad negativa obligando a soportar una conducta contra la voluntad del sujeto o bien obligando a la persona a realizar determinado comportamiento”<sup>47</sup>.

El bien jurídico libertad sexual se protege específicamente en su vertiente negativa, esto es, exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa). La protección frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual positiva) tendría lugar a través de los tipos comunes protectores de la libertad y seguridad<sup>48</sup>.

Como se expuso al analizar la evolución de estos delitos, a partir fundamentalmente de la Constitución, comenzó a arraigar la idea de que los mismos debían proteger bienes jurídicos individuales y no la moral colectiva o la honestidad. Ello llevó a sustituir la tradicional rúbrica delitos contra la honestidad por la de delitos contra la libertad sexual. El Código Penal de 1995 parte de que el auténtico bien jurídico protegido es la libertad sexual. La orientación queda clara en su Exposición de Motivos: “se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que, no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”.

Partiendo de que el bien jurídico es la libertad sexual, la consecuencia a la hora de tipificar las conductas debía ser por un lado la de poner el acento en los medios

---

<sup>46</sup> Como se ha defendido “la persona es libre por antonomasia, por Derecho natural. Y esa libertad, o voluntad de elección, ha de primar en cuanto se refiere a las relaciones sexuales, o contactos del sexo. Dejando ya por trasnochada cualquier teoría que preconice la pecaminosidad, la inmoralidad o la perjudicialidad del sexo, es evidente que, en el ámbito de la homosexualidad o heterosexualidad, las actitudes humanas se han de producir al amparo de la más estricta libertad de la persona, aboliéndose de manera absoluta cualquier conducta que quiera imponerse por la vía de la fuerza, violencia física o intimidación, cualquiera que sea la manera de proyectarse éstas, cualquiera que sea su intensidad o cualquiera que sea la actitud que adopte entonces la pareja, porque siempre obedecerá a causas ajenas a su íntima libertad”. DE VEGA RUIZ, Jose Augusto “Los delitos contra la libertad sexual en la ley organica 3/1989 de 21 de junio” Diario La Ley, 1990, pág. 1051, tomo 2, Editorial LA LEY

<sup>47</sup> CARUSO FONTÁN, Viviana “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>48</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “Comentarios al código penal. parte especial” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004

utilizados para vencer la voluntad de la víctima y por otro lado despenalizar conductas sin contenido de injusto<sup>49</sup>.

La evolución no se ha cerrado ahí, pues tras la promulgación del CP 1995, y tras un general consenso acerca de la necesidad de proteger más a los menores, se asumió por el Legislador la concurrencia de un doble bien jurídico: libertad sexual de adultos e indemnidad sexual de menores.

TORRES FERNÁNDEZ sintetiza la cuestión: “el bien jurídico de los delitos sexuales ha quedado fijado como la libertad sexual individual, claro está, con las debidas matizaciones de ese objeto en relación con determinados grupos de personas: menores, incapaces y personas privadas de conocimiento, respecto de quienes no puede decirse con propiedad que se protege su libertad sexual, por no encontrarse en condiciones de ejercerla, prefiriéndose hablar en esos casos de indemnidad o intangibilidad sexual o, en particular, en el supuesto de los menores, su proceso de formación en orden a su libertad sexual futura o libertad sexual *in fieri*”<sup>50</sup>.

La indemnidad sexual se definiría como “el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad. Se trata, por tanto, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo, así, que llegado el momento puedan decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales”<sup>51</sup>.

En el caso de los menores, las conductas que sancionan las prácticas sexuales con ellos se sancionan en la medida en que pueden perturbar el desarrollo de su personalidad.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Vid en este sentido CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 201. Para esta autora “tal es el caso del exhibicionismo o el proxenetismo y el rufianismo cuando son mayores los sujetos implicados”

<sup>50</sup> TORRES FERNÁNDEZ, María Elena “El nuevo delito de corrupción de menores” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-12 (1999)

<sup>51</sup> RAMON RIBAS, Eduardo “Los delitos de abusos sexuales a menores” Tirant Lo Blanch, 2009  
Para DIAZ RIPOLLÉS “El concepto intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, expresaría una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales. Este concepto perdura en algunas posturas doctrinales que sostienen que en estos momentos existe un consenso cultural sobre la conveniencia de mantener a los menores de 13 años y a los incapaces libres de todo contacto con la sexualidad, opinión que se hace extensiva, aunque matizada en función de la edad o nivel de afectación psíquica, a los menores entre 13 y 18 años, los mentalmente trastornados, y los privados de sentido” DIEZ RIPOLLÉS, José Luis “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag.232

<sup>52</sup> Para MUÑOZ CONDE “cierto es que no está comprobado científicamente que esto sea así e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones sexuales futuras”.La verdad es que en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente” MUÑOZ CONDE, Francisco “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)” en *Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid, 1989.

Ya antes de la publicación del CP 1995, la jurisprudencia fue ahormando este nuevo concepto. La STS de 26 de octubre de 1987<sup>53</sup> asume la intangibilidad sexual como el bien jurídico protegido: “entendida como la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual por encontrarse en determinadas situaciones especiales, se hallan más desamparados que el resto de la comunidad”.

La singularización de un bien jurídico específico cuando se trata de tipificar y aplicar el ordenamiento a las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos se justificaría por la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito; igualmente porque el bien jurídico adquiere una dimensión especial, por lo que, además de proteger el derecho a no soportar de otro una coacción física o psíquica dirigida a la ejecución de actos de naturaleza sexual, se protege también una libertad futura, procurando salvaguardar la normal evolución y el desarrollo de la personalidad para que el menor, cuando sea adulto, pueda ser capaz de decidir en libertad su comportamiento sexual; por último, los compromisos internacionales imponen un cambio de rumbo<sup>54</sup>.

Este es el esquema simplificado, aunque no obstante, si se profundiza más, encontramos nuevos matices.

Existen, no obstante, disidencias doctrinales importantes. Para MUÑOZ CONDE el bien jurídico puede seguir descansando en la moral sexual<sup>55</sup>. En esta línea, desde la doctrina alemana se ha afirmado que aún siendo “cierto que la mayoría de las normas penales responden a la necesidad de proteger un bien jurídico individualizable, ello no es obstáculo para que en una sociedad libremente organizada se castiguen conductas gravemente reprochables desde un punto de vista moral, aunque con ellas no se lesione un bien jurídico de un tercero o de la colectividad”<sup>56</sup>.

Otra corriente disidente considera que no es necesario escindir el bien jurídico protegido, siendo la libertad sexual omnicomprensiva. Para DIEZ RIPOLLÉS, la libertad sexual debe ser el único bien jurídico, pues en realidad comprende también la indemnidad de los menores. Para este autor el concepto de libertad sexual resulta

---

<sup>53</sup> Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón

<sup>54</sup> Vid. En este sentido Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008

<sup>55</sup> Para este autor “no vemos inconveniente en seguir manteniendo el concepto de moral sexual, entendido como aquella parte del orden moral social que encarna dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas, como criterio de referencia y de clasificación más preciso y ajustado a la realidad que el antiguo de honestidad que se utilizaba antes y que el de libertad sexual que se emplea ahora...naturalmente ello supone que por imperativo del principio de intervención mínima, el orden moral sexual que protege el Derecho Penal sea una parte ínfima del mismo: prácticamente los ataques violentos o intimidatorios a la libertad sexual, el ejercicio de la sexualidad con niños o con enajenados, en esta caso abusando de su situación y el fomento o desarrollo de la prostitución”

<sup>56</sup> JESCHECK, "La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados", ADPCP, 1972, pág. 635 y 636,

también suficiente en el caso de menores o incapaces por cuanto comprendería la de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla

En nuestra opinión, especialmente tras las últimas reformas, parece claro que algunos de los tipos comprendidos bajo la común abrazadera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no protegen bienes jurídicos individuales sino colectivos. También en nuestra opinión, ello es perfectamente legítimo<sup>57</sup>.

No obstante, puede llegarse a una síntesis: como expresa CARUSO “lo que se protege a través de las figuras del Título VIII, es el derecho a que nadie sea dañado en su integridad sexual; derecho del que gozan todos los individuos, tengan capacidad para consentir la realización de un acto de naturaleza sexual o no. La única diferencia que podrá presentarse según los casos, es que sea necesario adelantar la barrera de protección”<sup>58</sup>.

### **3.- ESTUDIO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ALGUNOS TIPOS PROBLEMÁTICOS COMPRENDIDOS EN EL DERECHO PENAL SEXUAL**

#### **3.1 DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**

##### **3.1.1 Problemas generales**

El abordaje penal de la pornografía infantil debe partir de la idea de que los menores necesitan, por serlo, de una especial protección.<sup>59</sup>

A la hora de especificar más, existe un intenso debate doctrinal en el que frente a autores que defienden que debe mantenerse la libertad sexual o la indemnidad sexual como bien jurídico protegido para todas las conductas tipificadas en el art. 189<sup>60</sup>, otros

---

<sup>57</sup> Como ha expresado CUERDA ARNAU “la posibilidad de que lo que se estima atentatorio contra los standards que constituyen el código moral comunitario, pueda envolver el ataque a otros bienes, y que éstos sí pudiesen estimarse, sin discusión, como una restricción constitucionalmente admisible a la libertad de expresión. Algunos de éstos aparecen explícitamente mencionados en el art. 20.4 CE [derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia] y otros- como, por ejemplo, el orden público- es claro que pueden ser un límite tan legítimo como lo son algunos que no están expresamente mencionados en tal precepto. No cabe duda, por tanto, de que el legislador puede establecer medidas restrictivas de la libertad de expresión para tutelar esos otros derechos. Es más, en los casos que nos ocupan, podría hacerlo prescindiendo, incluso, de que el titular de los mismos tuviera o no interés en su protección, pues, aún tratándose de bienes de suyo disponibles, la menor edad o incapacidad del sujeto autorizaría- en principio- a proceder de ese modo. Así lo hace de hecho en los delitos contra la libertad sexual, y lo que resulta paradójico es que no lo haga en ciertos supuestos de delitos contra la intimidad” CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 268

<sup>58</sup>CARUSO FONTÁN, Viviana “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>59</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso “Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico” Cuadernos de Derecho Judicial. Como dice este autor “el problema radica en determinar con precisión y, sobre todo, acierto, qué extensión hemos de otorgar a esa dimensión especial”.

<sup>60</sup> En esta línea BOLDOVA PASAMAR, op. cit. ha mantenido que “en el caso de los menores de edad o incapaces existe una presunción legal irrefutable en el sentido de que nunca concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de éstos cuando dicho ejercicio implica su utilización

impugnan abiertamente tal postulado, explorando otros bienes jurídicos subyacentes<sup>61</sup>. Algunos autores otorgan un papel relevante al bien jurídico intimidad y propia imagen<sup>62</sup>. Otros autores traen a primer plano la dignidad de la persona<sup>63</sup>.

---

por terceras personas con fines exhibicionistas o pornográficos. Cuando la utilización sexual supone la captación del sujeto pasivo en soporte mecánico o técnico (informático, digital, etc.), como es el caso de la pornografía, al atentado contra la libertad sexual se acompaña un menoscabo del derecho a la propia imagen”. También en esta línea BEGUÉ LEZAUN considera que “es unánime el consenso doctrinal y jurisprudencial relativo a que los derechos e intereses que intentan ser tutelados mediante la punición de las conductas relativas a la genéricamente denominada pornografía infantil, esto es, el bien jurídico objeto de protección, es la libertad sexual de las víctimas, entendida ésta...como el adecuado desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo en su aspecto sexual en tanto que menor de edad o incapaz... Ello puede ser predicado, sin demasiado esfuerzo, de la totalidad de las conducta que, referidas a la pornografía infantil, se encuentran tipificadas en los ordinales 1º y 2º del artículo 189 del Código, toda vez, aún cuando se incriminan conductas periféricas a la elaboración de material pornográfico tales como la tenencia preordenada a la distribución y la tenencia con fines de “autoconsumo”, siempre resultará preciso que, previamente, un menor de edad o incapaz haya sido sometido, para elaborar el material poseído, a conductas aptas para socavar el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual”. BEGUÉ LEZAUN, Juan José “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” Revista del Ministerio Fiscal Nº. 13, 2005, pags. 67-187

<sup>61</sup> Para MORALES PRATS, op. cit. pags. 175 a 205 “el bien jurídico protegido en el art. 189 Código penal no puede cifrarse en la libertad o indemnidad sexual del menor, “lo que se comprueba, básicamente, por la irrelevancia del consentimiento de los menores de dieciocho años que deciden intervenir en la producción de dicho material incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando su consentimiento se estimaría válido para la práctica de relaciones sexuales sin mediar tales circunstancias” Para este autor el art. 189.1 a) “no tutela *prima facie* la libertad sexual del menor (el art. 189.1 a) será objeto del correspondiente concurso de delitos con los delitos de abuso sexual o agresión sexual, que se hubieren podido cometer sobre el menor que de manera efectiva y real es utilizado para la elaboración del material pornográfico, sino la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen, conectado con la idea anglosajona de privacidad [derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en la esfera privada, en la que el sujeto organizada de modo originario su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior pone en evidencia cómo el objeto jurídico de tutela en este precepto no puede ser la libertad o la indemnidad del menor en la esfera sexual, de modo que la modificación en la rúbrica del Título VIII del Código penal, operada con la Reforma del Código penal 1999, en la que se ha añadido la referencia a la indemnidad sexual, no ha venido a ofrecer una referencia omnicompresiva de los bienes jurídicos tutelados en este contexto del Código penal”.

<sup>62</sup> Defienden ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, op. cit., pag. 245 que “el bien jurídico lesionado en el art. 189.1 no es distinto de los demás delitos del título VIII, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad o un incapaz, con el añadido de la intimidad, sobre la que dichos sujetos no tienen plena disponibilidad, según se señala en el art. 4 LO 1/1996”.

En la misma línea, para ORTS BERENGUER y ROIG TORRES es clara la intención del legislador de proteger penalmente varios bienes jurídicos, cuya titularidad corresponde a menores de edad y a incapaces, cuales son *los adecuados procesos de formación y socialización* de unos y otros, y *su intimidad* ORTS BERENGUER, ROIG TORRES “Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática” Documento TOL1.003.674, /2001

Para MORILLAS FERNÁNDEZ, op. cit. pag 179 “En relación con el 189.1 b) “es la intimidad del menor el objeto tutelable...en tanto se procede a comercializar con una iconografía obtenida de manera ilegítima, conforme al art. 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor en tanto se utiliza su imagen de forma contraria a sus intereses, independientemente de que medie el consentimiento del infante o de sus representantes legales, debiendo rechazar la dignidad en virtud de ese ámbito de actuación demasiado genérico en beneficio de la primera como representación mas acorde y específica de lo que el legislador ha pretendido proteger con la tipificación de esta conducta”. Por ello para este autor el que obtiene las imágenes y por tanto emplea al menor y posteriormente trafica con las imágenes, si no se ha valido de esa situación de clandestinidad en la obtención de la iconografía, un concurso de delitos entre las letras a) y b) del art. 189 por cuanto existen dos bienes jurídicos diferentes lesionados: la indemnidad sexual relativa y la intimidad del menor o incapaz

La consideración de la dignidad de la persona como bien jurídico tutelado penalmente no está exenta de debate. El artículo 10 de la Constitución Española consagra la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948 fue el primer texto internacional que hizo de la dignidad de la persona un auténtico fundamento. Se ha considerado que “la dignidad de la persona debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar”<sup>64</sup>.

La doctrina norteamericana encuentra el bien jurídico protegido en la necesidad de proteger a las víctimas menores, que aún en el caso de los supuestos de incriminación de la mera posesión, se ven revictimizadas por quien utiliza el material obtenido para su satisfacción sexual en violación de sus derechos<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Considera GARCÍA VALDÉS, op. cit. pag 414 que “en este tipo de delincuencia los bienes jurídicos en juego no se reducen a la libertad sexual sino que se incardinan con la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma”

<sup>64</sup> Las características de la dignidad esencial de una persona serían las siguientes: “en primer lugar, la dignidad del ser humano es cualitativamente superior a la del resto de seres del planeta; en segundo lugar, y en consecuencia con lo anterior, la dignidad humana no admite grados, por lo tanto todos los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad, no se puede considerar a nadie más digno que a otro, ni devaluar la dignidad de grupos de personas y considerarlos de inferior condición con respecto a los demás; en tercer lugar, el respeto a esta dignidad es el fundamento de todo Derecho positivo ya sea estatal o internacional, siendo necesario, pues, acomodar cualquier norma del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona; por último, la dignidad humana es irrenunciable, las personas no pueden disponer de ella y se conserva hasta el mismo momento de la muerte” MARCO MARCO, Joaquín J. en GARCÍA GONZÁLEZ, Carmen (Coordinadora), "Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010

<sup>65</sup> Es particularmente interesante el análisis de WOLAK, FINKELHOR y MITCHELL, para quienes “child pornography (CP) possession investigations should be aggressively pursued on all fronts on behalf of child victims. CP possession is a serious crime meriting continued and increased law-enforcement activity. Most arrested CP possessors had images explicitly showing children being sexually victimized by adults and sexually penetrated. The children in such images are crime victims, and CP possessors who use their images for sexual gratification or other purposes are further victimizing these children. That many of these images circulate online adds a new dimension of injury to the victims in these cases. Part of the potential trauma of being pictured in child pornography is that depicted children may know their images are on public display and it is unlikely the images can be completely and permanently removed from online circulation. Law-enforcement efforts against CP possessors are made on behalf of real child victims, and the crime of CP possession should not be minimized simply because the children in the images are often nameless and cannot speak for themselves...Arrests of CP possessors may prevent future sexual victimization. At this point there is little information about the relationship between viewing child pornography and sexually victimizing children. Researchers do not know how many arrested CP possessors might be undetected child sexual victimizers or how many might go on to victimize in the future. Even if some of them never go on to sexually victimize a child, it is reasonable to view and treat arrested CP possessors as at high risk for victimizing children. Arrested CP possessors can and should receive evaluation, diagnosis, and treatment. They can and should be monitored through probation and sex-offender registration. Because of their prior arrests, arrested CP possessors may face enhanced penalties if they do go on to sexually victimize children. Some may even be deterred from greater crimes by the embarrassment and disruption arrest and conviction caused in their lives, even if they are not incarcerated. It is impossible to measure the amount of child sexual victimization prevented by the arrests

Tras la LO 11/1999 puede entenderse que la libertad y la indemnidad sexuales no son los únicos bienes jurídicos en juego, sino que también hay que tener especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.<sup>66</sup>

En este contexto debe partirse además del dato de que el art. 189 acuña varios tipos en los que se castigan distintas conductas que protegen diferentes bienes jurídicos.

Debe también partirse de la idea de que afirmar de un tipo que protege esencialmente un bien jurídico concreto no excluye la coexistencia de otros valores o intereses protegidos de carácter accesorio.

Pasando ya a analizar los tipos de pornografía infantil debe entenderse que en las modalidades delictivas de la letra a) del apartado 1 del art. 189 (utilización de menores para la producción de pornografía), el bien jurídico protegido será la libertad sexual (si el sujeto pasivo es mayor de 13 años y no consiente) o la indemnidad sexual (si el sujeto pasivo es menor de 13 años y si siendo mayor, se presta voluntariamente a la elaboración del material pornográfico). También se protegería la propia imagen del menor afectado y la dignidad de la infancia en general.<sup>67</sup> Por tanto, en el primer tipo el bien jurídico principal sería la libertad o la indemnidad sexual<sup>68</sup> de los concretos menores afectados.

En el tipo del art. 189.1 b) (distribución de pornografía infantil) no se puede asignar como bien jurídico la libertad/indemnidad sexual del o de los menores que aparecen en

---

of CP possessors, but it is likely there is a prevention effect. Arrests of CP possessors put needed pressure on the online, child pornography trade. The trade in child pornography has created a market for images of children being sexually victimized. Criminals who photograph and videotape the sexual victimization of children feed this market. CP possessors promote the market each time they acquire an illegal image. Law enforcement investigations put pressure on this market that may reduce the number of images produced and children sexually victimized". WOLAK, Janis; FINKELHOR, David and MITCHELL, Kimberly "Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study" 2005. Funded by the U.S. Congress Through a Grant to the National Center for Missing & Exploited Children®. [www.oijj](http://www.oijj) pag. 32

<sup>66</sup> Vid. CABRERA MARTÍN, op. cit. pag. 401

<sup>67</sup> La SAP Valladolid sec. 2ª 866/2002, de 30 de noviembre en este sentido considera que "el bien jurídico protegido en el delito del art. 189 núm. 1 letra a) viene referido a la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores o incapaces, deben ser objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tienen capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad. La apreciación que hace la sociedad acerca del adecuado ejercicio de la sexualidad, rechaza la realización de actos envilecedores o degradantes, y no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad como son los fotografiados que nos ocupan, a actos respecto a los cuales no tienen capacidad para consentir..."

<sup>68</sup> La STS de 21 de marzo de 2000 apunta cómo "se considera irrelevante el posible consentimiento de tales personas menores de edad, porque el legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al alcanzar la mayoría de edad y, con ella, normalmente la consiguiente madurez humana".

el material, pues el ataque a este bien ya se ha consumado<sup>69</sup>. Por tanto, el bien jurídico habría que identificarlo con la indemnidad sexual de los menores en general, como tipo de peligro<sup>70</sup>, y la dignidad de la infancia en general<sup>71</sup>. En un plano accesorio o secundario también habría de hacerse referencia al derecho a la propia imagen de los menores afectados.<sup>72</sup> En este último sentido se ha alineado la STS nº 674/2010, de 5 de julio<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> En este sentido para MORILLAS FERNÁNDEZ, *op. cit.* pag. 188 “el art. 189 engloba una serie de supuestos típicos que en unos casos por su confusa redacción y otros por la inclusión de tipos de dudosa legitimidad, no permiten tratar la figura de la pornografía infantil bajo una perspectiva de unidad de bienes jurídicos...esta figura delictual representa un delito pluriofensivo no circunscribiéndose su objeto tutelable a un único ámbito –la indemnidad sexual- sino que con él coexisten otros aplicables de forma subsidiaria o independiente. Piénsese en el supuesto de utilización de un menor de 10 años para la elaboración de material pornográfico...el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual relativa. Si un sujeto distinto interviene transmitiendo las fotos a un tercer sujeto que solo las va a poseer..la indemnidad sexual ya no es objeto tutelable”

<sup>70</sup> Para CABRERA MARTÍN, *op. cit.* pag. 402 “la pornografía infantil puede constituir una poderosa forma de justificación de las conductas y preferencias pederastas, en la medida en que el intercambio de material de este tipo pone en contacto a personas que padecen este trastorno de la inclinación sexual, la retira del aislamiento y la marginación en la que hasta ahora habían tenido que vivir su tendencia y les hace creer que su inclinación constituye una opción sexual válida, con las consecuencias que ello puede acarrear al inhibir los frenos de cara a un posible paso al acto pederasta”.

En esta línea FERNÁNDEZ TERUELO, *op. cit.* pag. 260 en relación con el apartado b del art. 189.1 ha mantenido que “lo que a mi juicio con este precepto se reprime es, en primer lugar, un peligro abstracto para el conjunto de los menores o cuando menos para aquellos que por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, sean víctimas potenciales de este tipo de prácticas, en la medida en que como ya dijimos, el abastecimiento del mercado con estos materiales genera nuevas necesidades”. Este autor también admite que “en segundo lugar, y ya respecto a los menores cuya imagen aparece recogida en los distintos soportes, existe una evidente lesión de su intimidad personal, en la medida en que se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente y de un modo autónomo en el propio Código Penal (art. 197.5)”

<sup>71</sup> En contra, se ha considerado que “el legislador de 1999, pese a los excesos intervencionista y penalizadores detectados en determinados actos del Derecho Penal sexual, ha evitado incriminar comportamientos atentatorios contra bienes jurídicos de contenido más espiritualizado referidos a valores supraindividuales. Así al permanecer fuera de lo típico la producción o difusión de pornografía infantil ficticia, cabe sostener que el bien jurídico protegido en estos delitos se vincula a la libertad sexual de los concretos menores utilizados para la producción del material pornográfico, sin que proceda acudir a valores genéricos referidos a la dignidad de la infancia o la moral sexual. Ello es así incluso en el nuevo tipo delictivo de posesión del referido material del segundo párrafo del art. 189.1, que ha sido perfilado con arreglo a una serie de límites que impiden una interpretación en clave de tutela de bienes jurídicos colectivos”. TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup> “La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Aranzadi, 2000 pag 69

<sup>72</sup> Para BOLDOVA PASAMAR, *op. cit.* “en las hipótesis de tráfico y posesión de pornografía infantil de la letra b) del mencionado apartado 1 del art. 189, a través del medio de reproducción correspondiente se perpetúa el atentado a la libertad sexual del menor o incapaz que tuvo lugar con su participación en la escena pornográfica o en la acción exhibicionista. En las conductas típicas del apartado b), puesto que la pornografía implica el empleo de la imagen, el ataque contra el derecho a la propia imagen del menor de edad o incapaz aparece también como un aspecto inherente a las mismas”.

<sup>73</sup> Ponente Manuel Marchena “Conviene reparar, además, en que el bien jurídico protegido en supuestos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene mucha más relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores (arts. 18 CE, art. 4.1 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y 16 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y, en fin, a su dignidad constitucionalmente protegida (art. 10 CE), que a una indemnidad sexual que el mero consumidor de esas imágenes, no ha llegado a vulnerar”.

El art. 189.2 CP tipifica la conducta del que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces*. Es el que la doctrina y la jurisprudencia llama “delito solitario” (vid. STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre).

Su tipificación tiene lugar en la reforma operada por LO 15/2003.<sup>74</sup> Pese a la polémica que tal novedad provocó y pese a lo discutida que fue en su trámite parlamentario<sup>75</sup>, tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI, la Directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote optaron claramente por promover la punición de la posesión de pornografía infantil.

Aún con más motivo, el tipo del art. 189.2 (posesión de pornografía infantil) no supone ataque contra la indemnidad sexual de menores individualmente considerados<sup>76</sup>, pero sí cabe identificar como bien jurídico protegido individual la dignidad, la intimidad y la propia imagen del menor representado. Además como bien jurídico supraindividual puede entenderse que se protege la indemnidad sexual de los menores en su conjunto, estructurándose como tipo de peligro, en cuanto la existencia de oferta genera el incremento de la demanda. Debe también subrayarse que se ataca igualmente la dignidad de la infancia en general<sup>77</sup>. Algunos autores añaden que a través de la adquisición y posesión de pornografía infantil se perpetúa el ataque sufrido por los menores y se contribuye al mantenimiento de estas prácticas<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Como se ha apuntado desde la perspectiva del Derecho comparado “no ha supuesto una primicia en el ámbito internacional en tanto gran parte de las legislaciones europeas e internacionales tipificaban con anterioridad en sus respectivos cuerpos normativos los nuevos tipos penales introducidos en el art. 189 del Código Penal español antes incluso de la aprobación de la referida Decisión Marco. A modo de ejemplo, cabe resaltar como la simple posesión de material pornográfico infantil fue incriminada en el Reino Unido, Canadá y Estados Unidos a finales de los años ochenta y principios de los 90” MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo “Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado” Cuadernos de política criminal segunda época 2004 nº 84 pag 32

<sup>75</sup> Tanto la enmienda nº 52 del PNV como la nº 108 del Grupo Socialista propusieron su supresión

<sup>76</sup> Sin embargo, para la SAP Palencia, sec. 1ª, nº 1/2009, de 29 de enero “el bien jurídico protegido por este delito es el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituya una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para definir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídico-penales, que el menor o incapaz consienta en ser utilizado para este tipo de conducta”.

<sup>77</sup> En la posesión de pornografía GIMBERNAT, op. cit. pags. 18 a 20 ha defendido como bien jurídico protegido la dignidad de los menores de edad e incapaces en tanto el consumidor de material pornográfico “contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria que tiene por objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, pues aquella solo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”.

<sup>78</sup> Es sugerente el enfoque de GARCÍA VALDÉS, op. cit. pag 420 que considera que “estamos ante un comportamiento estructuralmente semejante al clásico delito de receptación –que se comete por ejemplo cuando se compran objetos robados con conocimiento de su ilicitud de origen- ya que la razón por la cual esa conducta se considera punible reside, por una parte, en que el receptor ataca el mismo bien jurídico (la propiedad) que el delincuente originario, pues al adquirir la cosa sustraída perpetúa y agudiza la situación patrimonial antijurídica creada por el ladrón y por otra, en consideraciones de prevención general, ya que el delito supone un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, en cuanto que –por acudir a un ejemplo característico-muchos robos de joyas no se cometerían si el autor no contara con que a posteriori iba a encontrar una persona que diese salida a las alhajas sustraídas. De la misma

En esta línea, la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado considera que “, los tipos de los arts. 189.1 b) y 189.2, a diferencia del tipo del art. 189.1 a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos”<sup>79</sup>.

Por último el tipo de art. 189.7 (distribución de pseudo pornografía) protegería la imagen del concreto menor afectado, como bien jurídico individual y la dignidad de la infancia, como bien jurídico colectivo, así como la indemnidad sexual de los menores en general, en cuanto tipo de peligro tendente a impedir el potencial de estímulo de difusión de comportamientos pedófilos y, en definitiva, de explotación sexual de los niños que éstas implican, habiéndose puesto de relieve también razones de tipo práctico para evitar la impunidad de conductas en las que no es fácil distinguir si se trata de pornografía real o pseudo pornografía<sup>80</sup>, con lo cual en definitiva cumpliría una función de tipo de cierre para evitar portillos hacia la impunidad.

Los proyectados tipos de pornografía infantil (pornografía virtual y técnica) generan mayores dificultades a la hora de aislar el bien jurídico protegido, en tanto no aparece ningún menor real representado. No obstante, cabe justificar la tipificación en que estas conductas “pueden constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y una exaltación de las conductas pederastas”<sup>81</sup>, en que banalizan y pueden contribuir a la aceptación de estas conductas y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto<sup>82</sup>. En las audiencias del Senado norteamericano previas a la aprobación

---

manera, el adquirente de pornografía infantil, por una parte y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas...perpetúa el ataque a la libertad y dignidad de los niños que han sido grabados previamente; y por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante “industria” que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquella sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”.

<sup>79</sup>En el mismo sentido, *ad pedem litterae*, la SAP Madrid, sec. 6ª, nº 52/2010, de 3 de febrero Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier

<sup>80</sup> Para CABRERA MARTÍN, *op. cit.* pag. 406 “en el caso de la pornografía infantil en sentido estricto, en la que menores reales se ven envueltos en actividades sexuales explícitas, la punición se justifica por el interés en evitar los abusos cometidos sobre los menores y las consecuencias negativas que suponen para el desarrollo de los mismos. En los demás supuestos, lo que se pretende a través de la intervención penal es impedir que se extienda la pseudo pornografía infantil, por el potencial estímulo de explotación sexual que ello implica. A ello se une una cuestión práctica consistente en la enorme dificultad que entraña en muchas ocasiones distinguir entre la verdadera pornografía y la pseudo pornografía o la pornografía virtual”.

<sup>81</sup> En este sentido, CABRERA MARTÍN, Myriam “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal” Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003 pag. 416

<sup>82</sup> Para HEALY, *op. cit.* “the possibility of creating computer generated pornography has produced a myriad of additional legal issues that are difficult to resolve. Civil libertarians argue that if computer generated pornography involves no real child victim, laws based on protecting children would no longer apply and regulation would be an unwarranted restriction of free speech. They argue that because there is no absolute scientific data that demonstrates a causal connection between the use of child pornography and the commission of crimes against children, there is no reason to restrict its transmission on the Internet. They might also point out the difficulty of determining the "age" of a "child" depicted in a computer generated image. Child advocates voice the position that the harm of child pornography extends

de la *Child Pornography Prevention Act 1996* (CPPA) algunos expertos pusieron de manifiesto cómo la pornografía virtual generaba un incremento en la adicción sexual dirigida contra los niños<sup>83</sup>. Por otro lado, también se ha alegado una razón práctica: muy pronto –ya es difícil– será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador<sup>84</sup>. Las derivaciones del *onus probandi* han sido fundamentales en algunos países a efectos de optar por criminalizar estas conductas.<sup>85</sup> Por todo ello podemos considerar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que este tipo de conducta puede poner en peligro.

### 3.1.2 Cuestiones concursales

#### 3.1.2.1 Utilización de menores para elaborar pornografía infantil y prostitución

Pagar a un menor para utilizarlo con fines de elaboración de materiales pornográficos podría calificarse conforme al tipo de prostitución del art. 187.1, castigado con penal de uno a cinco años y multa y conforme al tipo de utilización de menores para la pornografía del art 189.1 a), castigado con pena de prisión de uno a cinco años. Parece debiera dar lugar a la aplicación del concurso de Leyes a solucionar conforme al principio de alternatividad, pues ambos tienen elementos especializantes diversos.

Entendemos por tanto que no son aplicables simultáneamente en concurso estos dos tipos. La expresa previsión de un concurso de delitos entre el de prostitución y los de abusos sexuales y agresiones sexuales podría interpretarse *a contrario* como una exclusión del concurso de delitos entre el de prostitución y el de pornografía infantil<sup>86</sup>

---

far beyond the individual victim. They assert that children as a whole are the victims of computer generated pornography which displays child victims as sexual objects. Many law enforcement officers argue that the harm reaches beyond the individual child when pornography is used to seduce other children. They add that neglecting to prohibit computer generated child pornography could well re-establish the commercial trade--filling bookstores with computer generated images, de-sensitising society and fuelling demand for such material. Additionally, if it becomes impossible to distinguish computer generated pornography from that which depicts an actual child, prosecution of " genuine" child pornography would become virtually impossible and child pornographers would be furnished with another avenue of defence”

83 Child Pornography Prevention Act of 1995: U.S. Senate Judiciary Comm.Hearing on S. 1237, 104th CONG. 1 (1996)

84 BERGELT Kelley “Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?”, Capital University Law Review 2003 [culsnet.law.capital.edu/LawReview/BackIssues/31-3/Bergelt6.pdf](http://culsnet.law.capital.edu/LawReview/BackIssues/31-3/Bergelt6.pdf) pag. 587. El corolario es claro: *the statutes that have been enacted to protect children will be unenforceable because the risk of punishment has been substantially lowered if simulated child pornography is legal.*184 *Individuals could potentially escape criminal conviction because law enforcement will be unable to ascertain the difference between an actual or simulated child.*

85 Este es el caso australiano, vid. KRONE, op. cit *children actually or apparently under 16 It is not necessary to prove that a child depicted was in fact less than 16 years of age at the time the image was created. It is enough that they appear to be under that age. The legislation therefore applies to images of a person over the age of 16 who is made to appear younger than that. Standard medical indicators of the physical developmental stages of children may be used to assess whether an image depicts a child under the age of 16*

86 Vid. RODRÍGUEZ MESA, María José “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios” en “La

Cuando los concretos actos no tengan encaje en la figura del art. 187.1º, si han consistido en utilizar al menor para fines o para un espectáculo de carácter exhibicionista o pornográfico, puede ser sancionado por la figura del art 189 CP.<sup>87</sup>

Sin embargo, si además de producirse el material se difunde a terceros, entendemos que cabría aplicar simultáneamente, como concurso real, el delito de prostitución y el de difusión de material pornográfico, pues para abarcar la total antijuridicidad, teniendo en cuenta los distintos bienes jurídicos protegidos, sería necesario aplicar ambos.

### 3.1.2.2 Pornografía infantil y agresiones o abusos sexuales

Algunos autores consideran que la relación con los delitos de agresión o abuso sexual en los que pudiera haberse incurrido para elaborar el material es de concurso de Leyes, siendo éstas de aplicación preferente<sup>88</sup>. En nuestra opinión la solución es aplicar el concurso de delitos, pues para abarcar toda la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta han de aplicarse simultáneamente todos<sup>89</sup>.

---

adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea” Tirant Lo Blanch, 2009 pag. 335

<sup>87</sup> STS nº 195/1998, de 16 de febrero Pte: Martín Canivell, Joaquín “aunque en la redacción del número primero del artículo 189 no se exige como elemento del tipo la existencia de precio por la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la ubicación de la figura que se crea en el capítulo de los delitos relativos a la prostitución implica que tal actividad se ha de considerar como una forma específica de promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución, constituyendo un peligro para los menores utilizados de caer posteriormente en conductas de entrega carnal retribuida por lo cual la acusación de realizar actos de facilitación de la prostitución de menores como son los de retribuirles por contactos físicos con ellos de significación sexual, cuando tales actos no tengan su encaje en la figura del 187.1º, si han consistido en ser objeto o materia para fines o para un espectáculo de carácter exhibicionista o pornográfico cuya realización ha sido atribuida a los imputados, puede ser sancionado por la figura penal específica, que incluye en sus elementos tipificadores algunos de la figura general del artículo 187.1º, cual es la facilitación de la prostitución de los menores utilizados, aunque no el de la retribución de sus utilizaciones.

<sup>88</sup> Para ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, op. cit., pag. 250 “s un menor es utilizado en actos exhibicionistas o para la elaboración de material pornográfico con su consentimiento procede aplicar el art. 189.1 pero si el referido menor tiene menos de trece años y realiza el coito con un adulto ante una cámara que lo registra, surge un conflicto de normas con el delito de abusos sexuales cualificados de art. 182.1 que es de aplicación preferente, de acuerdo con la regla 4ª del art. 8, al no haber una relación de género a especie ni de subsidiariedad ni de consunción entre los preceptos citados”.

<sup>89</sup> En el mismo sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO, op. cit. pag. 1486  
También para GÓMEZ TOMILLO, op. cit. “no debe descartarse de antemano, pese a la coincidencia de bienes jurídicos, el posible concurso de delitos con las agresiones o los abusos sexuales, presentes los requisitos típicos de estos delitos (por ejemplo, cuando se graba videográficamente una violación). Quizá el matiz que cabe introducir es la consideración de que para la existencia del citado concurso deben coincidir los sujetos activos de uno y otro comportamiento, es decir, el sujeto activo de las potenciales agresiones o abusos sexuales y el del delito del artículo 189.1. a). El mencionado concurso de delitos se explica si se tiene en cuenta que los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas no son exactamente coincidentes. En el artículo 189.1.a) del Código Penal no sólo tutela la indemnidad sexual del menor, o incapaz, sino también su derecho a la intimidad, o, si se quiere, su derecho a la propia imagen”.

Igualmente para BOLDOVA, op. cit. “el concurso de delitos entre la utilización del art. 189.1 y los delitos de abusos o agresiones sexuales es obligado si tienen lugar sus respectivos presupuestos típicos, dado que aunque todos estos delitos lesionan el mismo bien jurídico (la libertad sexual) estamos ante distintas maneras de atacarlo, compatibles entre sí y que no se presuponen unas a otras (ni todo abuso o

En este sentido, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil* considera que “en relación con el tipo previsto en el art. 189.1 a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real”. Para la Consulta, *los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas tampoco son completamente coincidentes, pese a tener una zona de intersección*.

Algunos autores entienden aplicable el régimen del concurso ideal<sup>90</sup>.

En efecto, para el TS “no forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual” (STS nº 947/2009, de 2 de octubre). También en esta línea cabe citar la STS nº 795/2009, de 28 de mayo.

Igualmente se ha aplicado el concurso de delitos en un supuesto en el que el agresor sexual en el transcurso de las relaciones sexuales que mantenía con la menor, utilizaba su teléfono móvil para fotografiar a la menor desnuda e incluso grabando escenas de dichas relaciones (SAP Córdoba, sec. 1ª, nº 488/2009, de 22 de junio<sup>91</sup>).

### **3.1.4.2 Pornografía infantil y libertad de expresión**

#### **3.1.4.2.1 Idea general**

Difícilmente pueden entenderse incluidos los productos de pornografía infantil –aunque no afecten a menores concretos- dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión<sup>92</sup>.

---

agresión sexual de un menor o incapaz tiene miras exhibicionistas o pornográficas, ni toda utilización exhibicionista o pornográfica de un menor presupone un abuso o agresión sexual). Así pues, en estos supuestos el ataque contra la libertad sexual no se agota en el condicionamiento del ejercicio de la sexualidad, sino que a éste puede sumarse el que se produzca con la actuación sexual concreta”.

También para MORALES, op. cit. “cuando la utilización de menores con fines pornográficos o exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico se lleve a cabo a través de los medios típicos previstos en los delitos de agresión sexual (arts. 178 y ss.) y de abuso sexual (arts. 181 y ss.) y concurren asimismo los actos sexuales exigidos en los mismos, se deberá establecer el correspondiente concurso de delitos con la infracción prevista en el art. 189.1.a) Código penal. También debe tenerse presente que en la utilización de menores de 13 años o de incapaces con abuso de su alteración mental rige una presunción absoluta de ausencia de consentimiento ex art. 181 Código penal”.

En el mismo sentido, MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, op. cit. pag. 269

<sup>90</sup> Sigue este criterio TAMARIT SUMALLA, op. cit. pag. 131, que considera que “nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos por relación de medio a fin por ser el abuso sexual un medio para la utilización del menor para el 189”... “el criterio determinante para afirmar la existencia de unidad delictiva no puede ser el de la unidad del bien jurídico, pues la pluralidad delictiva puede responder, entre otras razones, a la existencia de distintas formas de atentar contra un mismo bien jurídico o a un mayor grado de afección al mismo y en estos casos cabe concluir que la utilización del menor con finalidad pornográfica supone una ofensa que se añade a la que constituye el contenido material del abuso sexual.

<sup>91</sup> Pte: Fernández Carrión, Antonio

<sup>92</sup> En esta línea de exclusión de la pornografía infantil del arco protector de la libertad de expresión se pronunció la Supreme Court norteamericana en varias resoluciones: *New York v. Ferber* 458 U.S. 747(1982) y *Osborne v. Ohio* 495 U.S. 103, *reh g denied*, 496 U.S. 913 (1990).

### 3.1.4.2.2 Relatos pornográficos

*De lege data* no puede incluirse en el ámbito de la pornografía infantil penalmente sancionable el material escrito (novelas, relatos etc)<sup>93</sup>, aunque no faltan apoyos doctrinales<sup>94</sup>, propuestas en tal sentido<sup>95</sup> ni ejemplos en Derecho comparado<sup>96</sup>. Desde luego el material escrito no está abarcado ni por el Convenio de Budapest, ni por el Protocolo de la CDN ni por la Decisión Marco 2004/68/JAI ni por la Directiva de 2011.

Se ha considerado que la tipificación *de lege ferenda* de la elaboración/difusión de relatos de contenido pedófilo es discutible, al poder generar excesiva tensión con los derechos de libertad de expresión. Determinadas obras artísticas pueden tener contenidos colindantes o limítrofes<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Vid. HEALY, Margaret A “Computer Crime Research Center Child pornography: an international perspective” August 02, 2004 Source: United States Embassy Stockholm pag. 4: “despite national differences, some international bodies have been able to arrive at common definitions of child pornography, most of which focus on visual, rather than written material. The Council of Europe defines child pornography as “any audiovisual material which uses children in a sexual context.” Council of Europe, Recommendation R(91)11 and Report of the European Committee on Crime Problems (1993). International Criminal Police Organisation (“INTERPOL”) delegates define child pornography as “the visual depiction of the sexual exploitation of a child, focussing on the child’s sexual behaviour or genitals.” Interpol Recommendations on Offences Against Minors, INTERPOL 61st General Assembly (1995)”

<sup>94</sup> “Take away the material and you reduce the risk. In that context the fact that, within the UK, the law seems to be only concerned with photographic images and seems to turn a blind eye to explicit paedophile texts, continues to be a concern, Some paedophiles are drawn much more to words than they are to images, but these words can have an equally serious effect”. CARR, John “Child abuse, child pornography and the internet” [www.make-it-safe.net/.../Child\\_pornography\\_internet\\_Carr2004.pdf](http://www.make-it-safe.net/.../Child_pornography_internet_Carr2004.pdf) Child abuse, child pornography and the internet [www.make-it-safe.net/.../Child\\_pornography\\_internet\\_Carr2004.pdf](http://www.make-it-safe.net/.../Child_pornography_internet_Carr2004.pdf)

<sup>95</sup> Según información aparecida en el diario La Razón en su edición de 4 de febrero de 2010 el Partido Popular presentó una proposición no de Ley en junio de 2008 en la que entre otras propuestas se contenía la de prohibir la publicación de cualquier tipo de relato pedófilo.

En este sentido se ha defendido que “la incesante propagación de material pornográfico infantil hace imprescindible erradicar este tipo de contenido haciéndolo extensivo también a imágenes, mensajes y textos escritos que sean susceptibles de representar a un niño como objeto de deseo sexual y fomentar agresiones/abusos/acosos sexuales infantiles y además contra otros sujetos especialmente vulnerables” Vid. GORI, Marina y PERIS, Isabelle “Explotación sexual comercial infantil: contextualización y marco normativo en España” VVAA “Los derechos de la infancia y de la adolescencia” Ariel, 2006, pag. 310

<sup>96</sup> En la sentencia *Dodge v R* (2002) A Crim R 435, en Australia Occidental un interno que estaba cumpliendo una larga sentencia por delitos sexuales contra menores fue condenado por escribir 17 historias de sexo explícito sobre hombres realizando actos sexuales con niños de menos de 10 años, historias que luego proporcionó a otro interno. KRONE, Tony “A Typology of Online Child Pornography Offending” “Trends & issues in crime and criminal justice” No. 279 Australian Government Australian Institute of Criminology July 2004. En Canadá la Ley C-20 también incluye el *written material* en la definición de pornografía infantil Vid. CURRY, Ann “Child Pornography Legislation in Canada: Its History and Current Developments” [www.ualberta.ca/~macurry/pdf](http://www.ualberta.ca/~macurry/pdf) pag.

<sup>97</sup> i.e. las escenas con niñas desnudas del pintor Balthus, con contenido provocador o la novela *Lolita* de Vladimir Nabokov, y sus secuelas cinematográficas de la mano de Kubrick o de Adrian Lyne. Vid. SILVESTRE MARCO, María “La imagen de la preadolescente y su representación en el arte” Tesis Doctoral Universidad Politécnica de Valencia Código UNESCO: 6200 00 “A pesar de que a comienzos

En nuestra opinión, pueden emplearse criterios precisos para identificar los relatos propiamente pornográficos, dirigidos a la estimulación sexual, de otros que aún teniendo una trama sexual, no están dirigidos a la estimulación del lector.

Con independencia de las dificultades que tales propuestas puedan conllevar, cabe defender *de lege ferenda* la tipificación de la difusión de relatos explícitos pornográficos de sexo con menores<sup>98</sup>. Desde luego, si se admite la tipificación penal de la pornografía infantil virtual, parece que por los mismos motivos podría tipificarse la difusión de relatos de pornografía infantil.

### 3.1.4.2.3 Pornografía infantil virtual

La tipificación de determinadas modalidades de difusión de pornografía infantil virtual, no sólo ha generado controversias<sup>99</sup> sino incluso declaraciones de inconstitucionalidad por afectar a la libertad de expresión. En efecto, en Estados Unidos, la CPPA amplió la prohibición federal a través del parágrafo §2256(8)(B) que prohibía un amplio espectro de imágenes sexualmente explícitas, adentrándose en la denominadas pornografía infantil virtual<sup>100</sup>. El Tribunal Supremo norteamericano, en la decisión 00—795, de 16 de abril de 2002 (*Ashcroft, Attorney General, et al. v. Free Speech Coalition et al.*) considera tal disposición contraria a la libertad de expresión reconocida en la primera enmienda, rechazando, entre otros, el argumento de que la pornografía infantil virtual fomenta los deseos de los pedófilos y les anima a emplearse en conductas ilegales, pues

---

del siglo XX las leyes comenzaran a proteger a los menores y se concretaran biológicamente las edades que a éstos comprendían, en la sociedad occidental permanecería la heredada concepción victoriana de la imagen de la preadolescente ligada a una inocencia ambiguamente erótica. El icono de la preadolescente desarrollado por los pintores y los fotógrafos victorianos como Millais, Lewis Carroll o Julia Margaret Cameron, generó décadas más tarde multitud de representaciones condicionadas a las nuevas formas de los medios de masas como los iconos femeninos cinematográficos, desde la adulta añorada en la actriz Mary Pickford a la niña erotizada en Shirley Temple, asimismo en los personajes marcados por la que sin duda dio nombre al icono de la preadolescente, Lolita de Vladimir Nabokov en la que se consolida la inocencia y la naturaleza demoníaca y perversa. La Lolita como icono sería desarrollado por numerosos artistas del siglo XX como Balthus, buscando un tipo de ideal de pureza romántica y mística cristiana mediante un uso de la desnudez y del erotismo de las niñas que va más allá de lo anecdótico o lo provocativo; también los fotógrafos Sally Mann o Graham Ovenden, asociando la naturaleza primigenia infantil a la sensualidad evidente y provocadora de los metamórficos cuerpos durante la preadolescencia femenina, pero que en la fotografía de Sally Mann, como lo fuera en la de Julia Margaret Cameron, se integra una visión de la infancia y el erotismo desde el imaginario femenino y desde la maternidad.”

<sup>98</sup> En este sentido, HEALY, M. en el “Documento preparado para el Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Comercial de los Niños” expone cómo están proliferando en Internet textos sin imágenes en los que se describen actividades sexuales de niños y adultos y que provocan el mismo estímulo para realizar actividades con niños que las imágenes, de forma que además actúan como anuncios o publicidad respecto a la práctica de actividades sexuales con niños.

<sup>99</sup> GIL RUBIO, Jaime “Pedofilia virtual” Diario La Ley, Nº 6961, Sección Tribuna, 5 Jun. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY

<sup>100</sup> Se incluían no solo imágenes pornográficas empleadas usando niños sino también cualquier representación visual, abarcando cualquier fotografía, película, video, dibujo o imágenes generadas por ordenador que sean o aparenten ser de un menor realizando actos sexualmente explícitos y cualquier imagen sexualmente explícita que se anuncie, promocióne, presente, describa o se distribuya de manera que transmita la impresión de que representa un menor realizando actos sexualmente explícitos.

la mera tendencia de la expresión hacia el fomento de actos ilegales no es razón suficiente para prohibirlo<sup>101</sup>.

No obstante, tras la mencionada decisión judicial, el Congreso Norteamericano promulgó la PROTECT Act en el año 2003, en la que se vuelve a tipificar, con definiciones más precisas, ajustándose al principio de taxatividad, la pornografía virtual<sup>102</sup> y la pornografía técnica<sup>103</sup>.

En nuestra opinión cabe tipificar la difusión de pornografía infantil técnica y virtual, que no puede ampararse en la libertad de expresión. Expresamente establece el art 20.4 CE que *estas libertades tienen su límite en... la protección de la juventud y de la infancia*.

El fundamento entendemos, es el de que aunque no afecte a concretos niños reales, si que genera la banalización del abuso a menores, siendo evidente que puede suponer para un número indeterminado de personas un estímulo, un incremento o incluso puede generar *ex novo* el deseo sexual hacia los menores, con el consiguiente incremento del riesgo de ataque a la libertad e indemnidad sexual de los mismos.

#### **3.1.4.2.4 Apología de la pedofilia**

Se han detectado grupos defensores de conductas pedófilas. Así por ejemplo, la *North American Men/Boy Love Association* (NAMBLA) tiene como objetivo declarado “poner fin a la opresión extrema de las relaciones consensuadas de hombres y chicos” por medio de “la construcción de un entendimiento y apoyo a tales relaciones”, así como “educar al público en general en la naturaleza benevolente del amor entre hombre y chico”.

---

<sup>101</sup> La sentencia puede consultarse a texto completo en [www.supremecourtus.gov/oral\\_arguments](http://www.supremecourtus.gov/oral_arguments). Entresacamos algún párrafo clave, en nuestra opinión: “Virtual child pornography is not .intrinsically related to the sexual abuse of children. While the Government asserts that the images can lead to actual instances of child abuse, the causal link is contingent and indirect. The harm does not necessarily follow from the speech, but depends upon some unquantified potential for subsequent criminal acts. The contention that the CPPA is necessary because pedophiles may use virtual child pornography to seduce children runs afoul of the principle that speech within the rights of adults to hear may not be silenced completely in an attempt to shield children from it. See, e.g., *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U. S. 115, 130.131. That the evil in question depends upon the actor.s unlawful conduct, defined as criminal quite apart from any link to the speech in question, establishes that the speech ban is not narrowly drawn. The argument that virtual child pornography whets pedophiles. appetites and encourages them to engage in illegal conduct is unavailing because the mere tendency of speech to encourage unlawful acts is not a sufficient reason for banning it”

<sup>102</sup> Se incluyen las representaciones visuales, consistentes en imágenes digitales, o generadas por ordenador, que no pueda distinguirse de un menor implicado en conductas sexuales explícitas (PROTECT Act 2003, section 502).

<sup>103</sup> Se crea una categoría de pornografía infantil que implica a un menor, o a un individuo que aparenta ser un menor, y además es obscena. Se define la obscenidad como representación visual de un menor o individuo que aparenta ser menor, involucrado en bestialismo, abusos sádicos o masoquistas, contacto sexual, incluyendo sexo genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, ya sean personas del mismo o de diferente sexo y sin valor literario, artístico, político o científico. (PROTECT Act, 2003, section 504).

Esta conducta no puede, *de lege data*, ser castigada conforme a nuestra legislación penal.<sup>104</sup>

La detección de asociaciones de pedófilos que defienden en Internet su opción sexual ha causado consternación<sup>105</sup>. Hasta la fecha ha habido dos propuestas de introducción de la apología de la pederastia, formuladas por Proposición no de ley de ERC-IU-ICV<sup>106</sup>, presentada al Pleno el 5 de septiembre de 2008 y en la enmienda núm. 151 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, en 2010<sup>107</sup>.

En nuestra opinión la tipificación expresa de la apología de la pedofilia es admisible dentro de ciertos límites. En todo caso, tal tipificación debiera operar de forma muy restrictiva, pues obviamente, conductas tales como defender la rebaja de la edad del consentimiento sexual para permitir que los adolescentes puedan tener relaciones sexuales siempre debiera entenderse amparada por la libertad de expresión. La delimitación entre adolescentes y prepubescentes puede ser a estos efectos un criterio básico.

## 3.2 DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

### 3.2.1 Cuestiones generales

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prostitución” es la “actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero”.

El TS ha definido la prostitución *como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal,*

---

<sup>104</sup> Como se ha expuesto, “advocating a particular sexual practice is not the same as conspiring to commit illegal acts, and this loophole is very convenient for many groups that operate on the borderline”. LESCE, Tony “Pedophiles on the Internet: Law Enforcement Investigates Abuse.” Law and Order 47, no. 5(May 1999)

<sup>105</sup> La polémica también se planteó en Norteamérica: “it is clear that while there may be some people prepared to sacrifice children to potential abusers simply to protect someone's freedom of expression rights, the public is not. They seem willing to do the same regarding crimes against children on the Internet and the extent to which some of these groups will go is evident in the ACLU's recent decision to defend NAMBLA (North American Man Boy Love Association). NAMBLA advocates sex between adult men and boys and is being sued by the family of a murdered boy. The boy's killer viewed NAMBLA's website shortly before the murder and had NAMBLA publications in his possession” “Child sexual exploitation and the internet” A report prepared by the Canadian Resource Centre for Victims of Crime October 17, 2000

En esta línea, “Paedophile WWW pages and links to support groups suggests collective organisation (for example, Danish Pedophile Association, European Boylover Base, NAMBLA, German Pedo Association and Pedophile Liberation Front” FORDE, Patrick and PATTERSON, Andrew “Paedophile Internet Activity” “Trends & issues in crime and criminal justice” No. 97 Australian Government Australian Institute of Criminology pag 3

<sup>106</sup> 162/000160

<sup>107</sup> BOCG-Senado, de 27 de mayo de 2010

*masturbación, felación, etc., a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimo que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera* (STS nº 1016/2003, de 2 de julio).

Un estudio reciente del Instituto Europeo para la Prevención y el Control del Crimen, calculaba que en el año 2003 podían estar dedicándose a la prostitución en España entre 45.000 y 300.000 personas. La Asociación Española de Empresarios de Clubes de Alterne considera que la cifra es en torno a las 400.000 personas. La Guardia Civil estima que en España funcionan diariamente once mil plazas hoteleras para la prostitución, a la vez que destaca la imposibilidad de cuantificar los números reales de esta actividad, que en buena parte se nutre del mercado negro (pisos, locales, calles, carreteras)<sup>108</sup>.

El tratamiento jurídico de la prostitución ha sido tradicionalmente objeto de enconadas discusiones y de posiciones radicalmente distintas, desde quienes pretenden reglamentarla hasta quienes aspiran a la abolición,<sup>109</sup> llegando a quienes postulan no sólo el castigo de quienes negocian con la prostitución ajena sino también de los clientes<sup>110</sup>. Incluso históricamente se ha postulado la sanción para quienes simplemente la ejercen. LOMBROSO consideraba que “las prostitutas tienen los mismos caracteres físicos y morales que el delincuente”<sup>111</sup>. La Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social de 5 de agosto de 1970 consideraba en estado peligroso a *los que habitualmente ejerzan la prostitución*.

---

<sup>108</sup>ROPERO CARRASCO, Julia “El debate sobre la "regulación" de la prostitución” El Derecho Editores 23 de mayo de 2006

<sup>109</sup> “El abolicionismo nacido en Inglaterra a finales del XIX, mediante la actuación de la Federación Abolicionista internacional, parte del reconocimiento de la autonomía de la persona y rechaza el castigo del ejercicio mismo de la prostitución, reservando la punición para las personas que sirven de intermediarios o explotan la prostitución ajena. Sin embargo, su origen, nominalmente, se situó en la necesidad de dar respuesta a las enfermedades contagiosas de 1864, 1866 y 1869 en Inglaterra, lo que a la postre contribuyó a generar una visión de la prostituta como una víctima a la que había que rescatar y rehabilitar, más que sancionar...El desarrollo de esta línea abolicionista fue el resultado de una serie de estudios llevados a cabo por la Sociedad de Naciones, que pusieron de manifiesto la inutilidad del sistema reglamentarista para cortar de raíz el problema sanitario generado... Mas allá iría en sus conclusiones el congreso Internacional sobre la Prostitución, celebrado en 1956 en Frankfurt que proclamó que la reglamentación de la prostitución está en contradicción flagrante con las libertades y el respeto de la dignidad que forma parte integrante de los derechos del hombre y la mujer” DE LÉON VILLALBA “Tráfico de personas e inmigración ilegal” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003

<sup>110</sup> La Ley sueca 408/1998, castiga al cliente con una pena de hasta seis meses de cárcel

El informe del Departamento Confederado de la Mujer de U.G.T. de diciembre de 2005 aboga por extender en España el modelo sueco, que castiga penalmente al cliente

Para DÍEZ RIPOLLÉS “la acentuación de esta última línea de razonamiento ha llevado, en el ámbito de la prostitución, a que la corriente denominada neabolicionista coloque en primer lugar la defensa del género frente a la de la persona prostituida, de forma que, sin perjuicio de poner en duda la existencia de una prostitución ejercida libremente, sostiene que, aunque tal fuera el caso, resulta inaceptable desde los intereses de género su admisión, lo que conduce a reclamar la punición de los clientes de la prostitución adulta aun cuando pueda pensarse que la prostituta acepta la relación libremente” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag. 252

<sup>111</sup> LOMBROSO, C.: El delito: sus causas y sus remedios. Trad. De Bernaldo de Quirós, Madrid, Suárez, 1902, pág. 260.

Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de la prestación de servicios que tiene lugar en los conocidos como “clubs de alterne”, distinguiendo la actividad denominada de alterne, de la prostitución. La mayoría de estas sentencias fueron dictadas en procedimientos de oficio iniciados como consecuencia de las actas levantadas por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. La actividad de “alterne” (servir copas, hablar con los clientes) reuniría las notas propias de cualquier relación laboral. La actividad de prostitución, dada su ilicitud, quedaría al margen de la protección que dispensa el derecho del trabajo<sup>112</sup>.

En el ámbito internacional sigue vigente el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”<sup>113</sup>, que obliga a los Estados firmantes a castigar a todo aquel que concertare o explotare la prostitución de otra persona, incluso con el consentimiento de ésta<sup>114</sup>. El Preámbulo de la Convención declara que la prostitución y el mal que le acompaña, es decir, la trata de seres humanos con fines de prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona.

Este Convenio ha sido ratificado por más de setenta países, entre ellos España<sup>115</sup>. La Convención no prohíbe la prostitución en sí misma, dejando que sean los Estados los que decidan sobre si debe ser permitida o prohibida. Tampoco requiere que el tráfico lo sea a través de fronteras internacionales<sup>116</sup>.

### **3.2.2 La evolución en el tratamiento del rufianismo, proxenetismo y tercería locativa**

#### **3.2.2.1 La despenalización**

El CP 1995 despenalizó el proxenetismo, el rufianismo y la tercería locativa salvo que emplearan procedimientos violentos o abusivos en el favorecimiento de la prostitución ajena o se tratase de menores de edad. Se pretendía despenalizar las conductas que no supusieran un ataque a la autodeterminación en la esfera sexual de la persona prostituida<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> LLUCH CORELL, Francisco Javier “Tratamiento judicial del trabajo en “clubs de alterne”. Respuesta de los tribunales” *El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, pg. 8, febrero de 2009

<sup>113</sup> Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of Others - approved by the General Assembly in its resolution 317 (IV) of December 2, 1949, opened for signature at Lake Success, New York, on 21 March 1950.

<sup>114</sup> El artículo 1.2 del Convenio dispone como las partes se comprometen a sancionar a toda persona que «explotare la prostitución de otra persona», mientras que el artículo 2 del mismo establece también la obligación de sancionar a quien «1.- Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o sabiendas la sostuviere o participare en su financiación. 2.- Diere o tomare a sabiendas en arrendamiento un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena».

<sup>115</sup> Ratificado por España el 18-6-1962

<sup>116</sup> DE LÉON VILLALBA “Tráfico de personas e inmigración ilegal” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003

<sup>117</sup> “La despenalización del proxenetismo y el rufianismo es la respuesta adecuada a los buenos argumentos esgrimidos por la doctrina -e, incluso, en alguna ocasión por la jurisprudencia -que abundaban, ante todo, en la idea de que tales conductas no suponían lesión alguna para la libertad sexual

En la estructuración de la prostitución en la redacción original del CP 1995 se partió de la idea de que el bien jurídico protegido era la libertad sexual y por ello sólo merecían tipificarse conductas con las que se atacara este bien jurídico<sup>118</sup>. Las conductas relacionadas con la prostitución que se despenalizaban eran aquellas en que la libertad sexual no quedaba comprometida.

La STS nº 426/1997, de 31 de marzo (Pte: Conde-Pumpido Tourón) centra con precisión la cuestión: “Los recurrentes regentaban un local donde se ejercía la prostitución. Esta conducta era punible con el Código Penal anterior, aún cuando gozaba de un amplio margen de tolerancia hasta el punto de que, como es notorio, estas actividades se anunciaban profusamente en los medios publicitarios. Su persecución selectiva constituía una fuente de inseguridad jurídica, arbitrariedad e incluso corrupción, siendo doctrinalmente criticado el mantenimiento de unos tipos delictivos que se estimaba no respondían a la realidad social, como la propia aceptación de dicha publicidad venía a demostrar. En consecuencia el legislador ha estimado procedente modificar la regulación de los delitos relativos a la prostitución desde la perspectiva de que el bien jurídico que se debe tutelar es la libertad sexual (en sentido amplio, incluida la protección de quienes no tienen plena capacidad de autodeterminación sexual, es decir, menores e incapaces) y por ello las conductas relativas a la prostitución que deben sancionarse criminalmente son únicamente las que afectan a menores e incapaces (art. 187 del Nuevo código Penal) y las que atentan a la libertad de los mayores a través de la coacción, engaño y abuso de superioridad o de necesidad (art. 188 del Nuevo Código Penal”.

---

del adulto que voluntariamente decide prostituirse y hacer partícipe de sus ganancias a un tercero, o utilizar el local que éste le facilita para el ejercicio de ese menester. Asimismo, existían argumentos de índole político-criminal que aconsejaban la despenalización, pues era evidente el desfase entre la realidad social y la jurídica y no era desdeñable el riesgo de corruptelas derivadas de su persecución selectiva” CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 211

<sup>118</sup> “La constatación de una progresiva aceptación de comportamientos sexuales desde el prisma de la libertad de elección entre personas adultas, restringiendo su reproche a comportamientos sexuales contrarios a la libertad personal y, en definitiva, el juego del principio de intervención mínima plasmada en la idea de que no es misión del Estado tutelar moralmente a los ciudadanos, sino garantizar las condiciones necesarias para la convivencia en libertad, y su corolario de que el aparato represivo del Estado no debe estar al servicio de lo que moralmente puede considerarse como más acertado por un grupo, sino de lo socialmente necesario para posibilitar esa convivencia, sancionando los comportamientos que le afectan más gravemente, ha llevado al legislador a despenalizar en el vigente Código Penal de 1995, conductas tradicionalmente típicas, relacionadas con la prostitución de mayores de edad (tercería locativa, proxenetismo, etc.) y a limitar la sanción penal a la prostitución de menores e incapaces en el art. 187, y a las conductas que, con relación a la prostitución de mayores de edad, se describen en el art. 188 como restrictivas o contrarias al ejercicio de la libertad en la esfera de la autodeterminación sexual. Por tanto, las consideraciones morales y de carácter ético-social, en su día justificativas de la sanción penal que orientaron la interpretación jurisprudencial en no pocos de los tipos penales sobre prostitución del anterior Código, no pueden ya sustentar la antijuridicidad material de los vigentes: en la actualidad, y en armonía con el enunciado del Título VIII «Delitos contra la libertad sexual», el Código Penal abandona una incriminación asentada en lo que se consideraba un ejercicio inmoral de la libertad sexual, restringiendo su intervención a las conductas que atacan el ejercicio mismo de esa libertad, entendida, respecto de los sujetos adultos, en su sentido estricto como capacidad de autodeterminación en el campo de las relaciones sexuales”. DE LÉON VILLALBA “Tráfico de personas e inmigración ilegal” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003

### 3.2.2.2 El regreso al Código Penal

La decisión del Legislador de 1995 no zanjó el debate. Las Conclusiones del XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas de 2002 entendieron que el CP 1995 vulneraba los compromisos asumidos por España en el Convenio de 1949, proponiendo la tipificación del rufianismo, la tercería locativa y el proxenetismo no coactivo.

La LO 11/2003, de 29 septiembre introdujo un nuevo art. 188.1 *in fine* sancionando a quien *se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*.

Tal conducta es sancionada de igual forma que la conducta consistente en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

La modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de setiembre, suponía aparentemente un cambio radical en la filosofía inicial del Código de 1995. En efecto, tal reforma volvió a incorporar como delictiva la conducta de los terceros que se lucran con la prostitución ajena, “aun con el consentimiento” de la persona que se prostituye. Ello como se subrayó suponía que “nuevamente se criminalizan las tradicionales actividades de proxenetismo, entre las que se incluyen las realizadas por los empresarios y propietarios de los llamados “negocios del sexo”<sup>119</sup>.

En este punto es particularmente interesante para interpretar el inciso analizado conocer cual fue su origen en el *iter* parlamentario. El nuevo tipo no trae causa ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto de Ley que precedieron a la reforma. Se introdujo en sede parlamentaria, y la enmienda que propició la modificación, reivindicando el Convenio de 1949 consideraba que “toda explotación por terceros de la prostitución ajena merece el reproche y la sanción penal”<sup>120</sup>.

El precepto –defendido puntualmente por algún autor<sup>121</sup>- ha merecido duras críticas doctrinales<sup>122</sup>. Para CUERDA ARNAU “el regreso improvisado al modelo

---

<sup>119</sup>ROPERO CARRASCO, Julia “El debate sobre la "regulación" de la prostitución” El Derecho Editores 23 de mayo de 2006

<sup>120</sup> Enmienda núm. 147 del Grupo Parlamentario Catalán *BOCG*, Serie A, 136/198, 13 de mayo de 2003

<sup>121</sup> BUENO ARÚS recuerda “que España se adhirió el 18 de junio de 1962 al Convenio de 21 de marzo de 1950 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, y que dicho Convenio obliga a penalizar, no sólo el favorecimiento de la prostitución de menores, sino también de mayores, por lo que respecta a los actos de concertar, inducir o explotar la prostitución ajena, mantener una casa de prostitución y ceder o tomar en arriendo un local para explotar la prostitución ajena. Ignoro también si éste sería el momento de analizar aquí cuál es o cuál debe ser para los juristas la eficacia jurídica de los tratados internacionales como normas de Derecho positivo y no como criterios morales”. BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999” *Estudios de Derecho Judicial* 21/1999 pag 277

<sup>122</sup> Para GÓMEZ TOMILLO “parece que el legislador entiende que el dinero de la prostitución es un dinero sucio, contaminado, y por ello procede a sancionar a quien acceda al mismo. Desde nuestra perspectiva, el delito merece una clara censura, no ya por la filosofía abolicionista que subyace al mismo ,

abolicionista, en la línea marcada por aquel Convenio de 1949, es sorprendente si se repara en el largo y polémico camino que hubo de recorrerse en nuestro país para llegar a lo que parecía su decisivo abandono y la instauración de una política antiprohibicionista que, por cierto, ya ha dado lugar a algunas iniciativas de regulación del sector de la prostitución, que difícilmente van a dar una marcha atrás. En estas condiciones, resulta difícil encontrar argumentos capaces de justificar una intervención punitiva respetuosa con el viejo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”.<sup>123</sup>

Pese al enorme calado de la reforma, la misma no se molestó en dar unas mínimas explicaciones en la Exposición de Motivos.

Parece claro que, interpretado en su sentido literal, el renovado tipo no protegería la libertad del sujeto pasivo, pues su consentimiento es irrelevante. Parece que en estos casos el bien jurídico protegido podría centrarse en la dignidad de la persona cuya prostitución se explota.<sup>124</sup>

### 3.2.2.3 La “expulsión” del Código Penal

La doctrina ha intentado restringir el ámbito del tipo centrándose en la interpretación de la expresión “se lucre explotando” la prostitución de otro.

Algunos autores exigen que la persona prostituida haya ejercido esa actividad con violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima<sup>125</sup>. Otros autores exigen que concurren condiciones laborales abusivas.

---

la cual puede ser discutible, sino por la defectuosa técnica legislativa empleada en su configuración. Baste señalar ahora, sin ánimo exhaustivo, que de la redacción de la norma no queda claro qué comportamientos concretamente se captan”. GÓMEZ TOMILLO, Manuel “El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena” Diario La Ley nº 6669

<sup>123</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual” Diario La Ley nº 6430

<sup>124</sup> En este sentido se ha defendido que “el bien jurídico protegido en los casos de explotación del ejercicio libre de la prostitución no puede ser la libertad del sujeto, que no está en cuestión. Será preciso encontrarlo en su dignidad personal, que puede ser conectada con otros bienes de carácter colectivo o social y no individuales. Efectivamente puede sostenerse que la dignidad humana se ve afectada en cualquier caso en que se intercambia sexo por dinero, debido a la cosificación del ser humano que de alguna forma implica tal actividad. La conexión con bienes jurídicos de carácter supraindividual se refiere a la consideración que pueda entenderse socialmente aceptada de forma mayoritaria acerca del propio concepto de dignidad humana y de los límites aceptables de su afectación”. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, Miguel “Examen de los delitos relativos a la prostitución de menores de los arts. 187 y 188.3 CP”.

<sup>125</sup> “Desde nuestro punto de vista, debe propugnarse aplicar el precepto a las hipótesis de lucro procedente de la prostitución ajena, siempre y cuando la persona prostituida haya ejercido esa actividad en las circunstancias a las que alude el art. 188.1 inciso primero CP, esto es, con violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. No bastaría, pues, con el lucro, sino que, además, la víctima mayor de edad tiene que ejercer la prostitución en las citadas condiciones” GÓMEZ TOMILLO, Manuel “El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena” Diario La Ley nº 6669

El TS ha asumido finalmente criterios exegéticos restrictivos que vienen a desactivar la potencialidad incriminatoria de este nuevo tipo.

La STS nº 160/2011, de 15 de marzo<sup>126</sup> declara que es cierto que la explotación lucrativa de la prostitución debe implicar un cierto abuso o sometimiento de la perjudicada, dentro de una esencial libertad, que nunca será plena, de la persona explotada. En realidad...es preciso abusar de alguna forma de una situación de vulnerabilidad, o ejercer algún tipo de presión, siquiera sea dulcificada, a los ojos de la víctima.

Con mayor claridad, la La STS nº 445/2008, de 3 de julio Ponente Marchena Gómez restringe drásticamente los contornos del tipo:

“La determinación del ámbito típico de esta figura resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad. No facilita esta tarea un criterio legislativo que asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño. Esa idea de errónea equiparación se hace todavía más visible cuando se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena.

Constatadas esas dificultades, la fijación de tales límites ha de tomar en consideración la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias:

a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP...

...b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.

En aquellos otros casos -estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art.

---

<sup>126</sup> Pte: Soriano Soriano, José Ramón

188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP).

c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio”

En este mismo sentido se posiciona la STS nº 450/2009, de 22 de abril, ponente Granados Pérez y la STS nº 326/2010, de 13 de abril ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

### **3.3 DELITOS DE CORRUPCIÓN DE MENORES**

#### **3.3.1 Evolución**

El delito de corrupción de menores se tipificaba en el art. 452 bis b) 1º CP 1944, en su redacción dada por el art. 14 apartado 2 de la LO 3/1989, de 21 de junio, que rebajó la edad del sujeto pasivo de veintitrés a dieciocho años, castigando el *promover, favorecer o facilitar... la corrupción de persona menor de dieciocho años*.

La evolución de este delito ha sido compleja, de modo que tras desaparecer en el Código Penal de 1995, retorna, en medio de fuertes críticas en el art. 189.3 en la reforma operada por LO 11/1999. El precepto es nuevamente modificado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, que introduce en el apartado 3 un subtipo agravado del apartado 1, por lo que el delito de corrupción de menores se traslada al apartado 4, suprimiendo la reforma la pena de multa, que estaba prevista como alternativa a la pena de prisión en la redacción original.

El TS configuró el delito de forma amplia, considerándolo como un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado que no precisa que se produzcan los efectos de la corrupción, bastando que los actos realizados sobre el menor sean aptos para causar la degradación que ese estado implica.

El Proyecto de Ley de modificación del Título VIII, Libro II remitido a la Mesa del Congreso el 13 de octubre de 1997 proporcionaba una definición auténtica de corrupción (art. 189 bis): *a los mismos efectos, se considerarán actos de corrupción los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquéllos*.

Tal concepto fue suprimido en la redacción definitiva. BUENO ARÚS apunta a que “se desconocen las causas de tal desaparición: no se sabe si se debió a que ya había un concepto acuñado jurisprudencialmente o porque al parecer no se sabía si aceptar o no

aceptar nuevamente este delito...al final se ha tipificado de una manera un poco vergonzante, recogiendo sobre la marcha algunas ideas del concepto desdeñado".<sup>127</sup>

Son interesantes a fin de aprehender la razón de la reforma, recordar las palabras de la Ministra de Justicia en el Congreso: "La preocupación del proyecto por la protección de los menores frente a agresiones sexuales se manifiesta también en la elevación a 13 años de edad, a partir de la cual se concede relevancia al consentimiento en los abusos sexuales. Y a la misma preocupación responde la introducción del concepto de corrupción de menores, para permitir la adecuada sanción de conductas que no se agotan en un aislado ataque a la libertad sexual del menor, sino que por su intensidad, persistencia o continuidad puedan alterar el proceso normal de formación o el desarrollo de la personalidad del menor...Esta reforma, señorías, no limita ni entorpece, en manera alguna, la libertad sexual de los adolescentes. Muy al contrario, se protege a los adolescentes frente a los ataques sexuales no consentidos, es decir, frente a las conductas que de manera más directa impiden la libre determinación de los jóvenes en materia sexual. No se criminaliza el beso entre adolescentes ni ninguna otra relación libremente aceptada. Se trata, por el contrario, de proteger la libertad de determinación de los jóvenes, teniendo en cuenta –eso sí– que esa libertad se adquiere gradualmente, lo que exige un especial cuidado en la verificación de que determinadas relaciones han sido aceptadas de manera plenamente libre, especialmente cuando se trata de relaciones entre adolescentes de 13 ó 14 años y personas mayores de edad. El pluralismo del que se congratula esta Cámara y nuestra sociedad no obsta la protección de los Derechos fundamentales, es más, tiene en esa protección su amparo y fundamentación. En forma alguna la reforma pretendida se aparta, en este sentido, de los principios de intervención mínima y subsidiariedad que informan nuestro actual Derecho penal".<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> BUENO ARÚS, Francisco "Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999" Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag 285

<sup>128</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1998, VI legislatura, núm. 134. También tienen interés las palabras del Protavoz del Grupo Catalán, Sr Silva: "respecto del tema de la corrupción, querríamos efectuar también alguna manifestación. Mi grupo, desde luego, lo que no entiende ni apoyará es ninguna tipificación de las manifestaciones de precocidad sexual, pero sí quiere decir lo siguiente. En el debate parlamentario del año 1995 hubo manifestaciones de algún portavoz socialista, recogidas en el «Diario de Sesiones», que entendía que lo que anteriormente se sancionaba como corrupción quedaba integrado en el tipo de prostitución. El Tribunal Supremo, obviamente, nos ha dicho que no y se han detectado tres defectos importantes. En primer lugar, podríamos entender que se deja especialmente indefensos a los niños de 12 años o más. El Tribunal Supremo está haciendo unas labores de orfebrería penal impresionantes, hasta el punto de que el informe emitido por la Fiscalía general del Estado respecto de estos delitos hace referencia a la audacia interpretativa del Tribunal Supremo que está infringiendo el principio de legalidad. Estamos discutiendo si hay precocidad o no, si sirven de algo las diferencias de edades. El Tribunal Supremo está castigando por abuso sexual con prevalimiento la pura y simple diferencia de edad. Por tanto, sepamos a qué nos referimos. Está exagerando, desde mi punto de vista, extralimitando el concepto de engaño para no dejar impunes determinados comportamientos y poder llevarlos al abuso sexual con engaño. Lo propio ocurre con algunas manifestaciones de agresión sexual con intimidación. En segundo lugar, hay comportamientos que todos entenderíamos absolutamente corruptores, que no pueden integrarse en el exhibicionismo, en la venta de pornografía a menores ni nada por el estilo. Hay dos o tres sentencias del Tribunal Supremo que lo recogen perfectamente. Pueden ser expresiones verbales, pueden ser conversaciones, pueden ser actuaciones de otro tipo; puede ser la utilización con menores de instrumentos que cualquier persona puede encontrar en un sex-shop, pero que obviamente, si lo hace con una persona de 13 años, a todos nos parecerá bastante corruptora. Por tanto, de lo que se trata es

La Exposición de Motivos de la LO 11/1999 justificaba la reintroducción en el C.P. del delito de corrupción de menores, que suprimió el texto de 1995, entendiendo que se trata de “una cláusula de cierre del sistema de protección del menor que permite la represión de conductas no reconducibles a las infracciones más gravemente penadas de agresión o abuso sexual”.

### 3.3.2 Concepto

Conforme al art. 189.4 CP se castiga *al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste*.

La pena prevista es la de prisión de seis meses a un año<sup>129</sup>.

La relación entre corrupción y prostitución se define en los términos de género y especie, siendo el concepto más amplio la corrupción, del que la prostitución sería una modalidad<sup>130</sup>.

### 3.3.3 Justificación

Un importante sector doctrinal se opone al tipo de corrupción de menores<sup>131</sup>. Las críticas al precepto han sido constantes en la doctrina, bien por contrariar el principio de tipicidad<sup>132</sup>, bien por entender que incorpora la moral sexual colectiva como bien jurídico protegido<sup>133</sup>.

---

de cubrir unas lagunas que todos los que votamos favorablemente el Código Penal entendíamos que no existían en 1995, porque, si no, no hubiésemos votado a favor” Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1998, VI legislatura, núm. 134. Sesión Plenaria núm. 129 celebrada el jueves, 12 de febrero de 1998.

<sup>129</sup> En la formulación propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán, siguiendo las líneas del TS se consideraban actos de corrupción “los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual envilecedora y degradante”.

<sup>130</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, 1995. pp. 208 y 209.

<sup>131</sup> CANCIO habla de “la misteriosa (¿qué espacio queda para ella?) y moralizante figura de la corrupción de menores del art. 189.4”. CANCIO MELIÁ, Manuel “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011

<sup>132</sup> “el comportamiento sexual en que se hace participar al menor o incapaz debe perjudicar la evolución o el desarrollo de su personalidad lo que únicamente podrá saberse si se sigue la mencionada evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo o, lo que resulta mucho más peligroso, si se determina *a priori* que determinados comportamientos son en sí mismos perjudiciales lo que sólo por el transcurso del tiempo podría ser rebatido. Por todo ello, creo que la introducción de este precepto resultaba perfectamente innecesaria, pues no viene a colmar lagunas que no existían ni, desde luego, satisface los valores de certeza y seguridad jurídica que deben presidir las normas penales”. LAMARCA PÉREZ, Carmen “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual” Revista La Ley Penal número 35 febrero 2007

<sup>133</sup> “De este modo se sueltan amarras con la idea de la libertad sexual. Y se abren las puertas para el desarrollo del aspecto más indeseable del concepto de indemnidad sexual, aquel que, desligando el término de acciones sexuales concretas y de precisiones sobre los daños que se han de evitar, lo vincula

También el TS ha considerado este tipo como “ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad” (STS nº 422/2005, de 4 de abril)<sup>134</sup>.

El CGPJ, en su informe de 17 de septiembre de 1997 consideró positiva “la reintroducción de la figura de la corrupción de menores”, si bien criticaba la generalidad e imprecisión de su redacción y entendía que no satisfacía adecuadamente las exigencias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*.

Lo cierto es, sin embargo, que la despenalización de la corrupción suponía que no todas las conductas de naturaleza sexual realizadas sobre menores o incapaces podían incardinarse en los tipos ya existentes, existiendo conductas de carácter sexual efectuadas sobre menores de edad, pero mayores de 13 años, con su consentimiento, sin prevalimiento de una situación de superioridad pero con clara nocividad, que no estaban tipificadas en el Código Penal de 1995<sup>135</sup>. El tipo del art. 189.4 se configura en la actualidad como una última posibilidad sancionatoria subsidiaria respecto de conductas sexuales con mayores de trece años, en las que pese a no concurrir ni violencia, ni intimidación, ni prevalimiento ni engaño, son por su naturaleza, susceptibles de perjudicar su evolución. De esta manera, se pone fin a lo que prácticamente se había convertido en un dogma: la impunidad de las conductas sexuales con menores a partir de los trece años<sup>136</sup>.

El debate sobre la justificación o no del tipo de corrupción está unido a la polémica sobre si la mera diferencia de edad entre el sujeto activo y el menor puede, por sí integrar el prevalimiento típico<sup>137</sup>.

---

directamente con la tutela de determinadas opciones genéricas sobre el comportamiento sexual correcto, en detrimento de otras calificadas como corruptoras. La trascendencia de todo ello es indudable: Se dispone de nuevo en nuestro código penal de un precepto que protege la moral sexual colectiva, tras un periodo de más de veinte años en el que las iniciativas político-criminales en el ámbito de los delitos sexuales han ido, sin excepción, en dirección opuesta” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag. 244

<sup>134</sup> Pte: Saavedra Ruiz, Juan

<sup>135</sup> En el mismo sentido, ALONSO-MAJAGRANZAS CENAMOR, Patricia “El delito de corrupción de menores. los delitos de exhibicionismo y provocación sexual” Centro de Estudios Jurídicos, 2006

<sup>136</sup> Así se ha entendido que “la ubicación del precepto, la consideración de las conductas precedentemente definidas como delictivas y la pena asociada al comportamiento descrito en el artículo 189.4 dan a entender que nos hallamos ante una especie de cláusula de cierre del sistema penal de protección o tutela de la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad: aun mediando el consentimiento del menor (lo que nos sitúa, necesariamente, ante un menor que ya cumplió los trece años), y no intervenir engaño alguno o descartarse el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coartara su libertad, se declaran constitutivas de delito la conductas de naturaleza sexual observadas con éste si se estima que tales conductas perjudican su evolución o desarrollo de la libertad. Estamos, en suma, ante un delito con el cual el legislador ha querido, a juzgar por sus manifestaciones en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1999, que lo introdujo en el Código, tejer una tupida red de la que sea difícil que escape un hecho sexual en el que intervengan menores o incapaces” RAMON RIBAS, Eduardo “Los delitos de abusos sexuales a menores” Tirant Lo Blanch, 2009

<sup>137</sup> CARUSO rechaza esta posibilidad: “un supuesto que ha sido discutido por la doctrina, es si la simple diferencia de edades puede llegar a constituir ventaja suficiente. En general, los autores discuten si esta sola circunstancia puede constituir prevalimiento, o debe estar acompañada de otras. El problema es resuelto en la Sentencia del 28 de junio de 1991, que dispone: «La notoria diferencia de edad entre el agente y la ofendida es susceptible de generar, por sí sola, la relación de desigualdad de la que puede prevalecerse el

Se ha defendido que la corrupción de menores tiene base en recientes estudios de psicología de la sexualidad, y que justificarían castigar las conductas sexuales por la mera comprobación de la existencia de una asimetría de edades entre el sujeto activo y el pasivo, en el que ya no sería necesaria la presencia de un prevalimiento de una situación de superioridad, ni engaño, partiendo de que la mera existencia de esa asimetría de edad privaría al menor de las condiciones necesarias para el ejercicio de su libertad, por lo que la corrupción sería “el último tipo de abusos sexuales con menores, lo que explicaría su carácter residual, su baja penalidad y su difícil delimitación de las modalidades de prevalimiento y engaño”.<sup>138</sup>

A la hora de especificar en qué debe concretarse la asimetría de edad, para GARCÍA ALBERO se aceptan “mayoritariamente los criterios propuestos por David Finkelhor para trazar la línea fronteriza entre actos sexualmente apropiados y actos abusivos. Según el mencionado autor, cabe considerar abusivos: a) En todo caso los contactos sexuales entre menores de doce o menos años y una persona mayor de edad (dieciocho o más años). b) Entre persona de doce o menos años y un adolescente de menos de dieciocho, pero siempre que la diferencia de edad sea de cinco o más años. c) Los realizados con adolescente entre los trece y dieciséis años, siempre que se tenga diez o más años”.<sup>139</sup>

El argumento fundamental para tipificar la corrupción es el de que los actos sexuales especialmente perversos de mayores de edad con menores mayores de 13 años sin engaño y sin prevalimiento (y sin pago de precio) quedarían impunes.

GIMBERNAT también defiende la figura. Para este autor “cuando el Anteproyecto de 1983 decidió suprimir la corrupción de menores ello se hizo porque, en ocasiones, una jurisprudencia conservadora estaba utilizando esta figura delictiva para amenazar la libertad de expresión considerando punible, por ejemplo, la difusión entre niños de

---

primero». Ahora bien, esta última afirmación jurisprudencial no debe llevar a pensar que el mero dato objetivo de la diferencia de edad -por importante que sea-, basta para integrar el acceso carnal en el tipo delictivo, pues siempre será preciso que aquel desnivel, y la consiguiente disparidad entre la madurez de uno y otro, hayan sido aprovechadas por el presunto ofensor para obtener un consentimiento que de otra forma no hubiese logrado. Ello nos lleva a preguntarnos, de que forma pudo haberse aprovechado el agresor? Creemos que la respuesta es nuevamente mediante engaño o provocando temor. En el primer caso estaremos en el ámbito del artículo 183 y en el segundo en el del abuso por prevalimiento. La diferencia de edad, por sí misma sólo podrá determinar la existencia de un abuso si se trata de un menor de 13 años. La extensión a edades superiores nos llevaría a sostener una analogía en contra de la norma”. CARUSO FONTÁN “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>138</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag. 246

En esta línea de defensa del tipo en base a los argumentos de la psicología, se parte de que las relevantes diferencias de desarrollo cognitivo y emocional entre el adulto y el menor de edad, así como sus distintas necesidades afectivas, harían imposible una interacción sexual libre. Para LOPEZ SANCHEZ “la asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. Esta asimetría supone en sí mismo un poder que vicia toda posibilidad de relación igualitaria” LOPEZ SANCHEZ, Félix “La inocencia rota: abusos sexuales a menores”, OCEANO, 1999 ISBN 9788449414725

<sup>139</sup> GARCÍA ALBERO, Ramón “El nuevo delito de corrupción de menores” Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag. 196

obras de educación sexual (caso del Libro Rojo del cole)". Sin embargo, "en 1995, y desde hacía 10 años, los Tribunales habían pasado a aplicar la corrupción única y exclusivamente a graves agresiones sexuales, no violentas contra niños, especialmente en la franja de 12 y 13 años, con penetración o sin ella".<sup>140</sup>

### 3.3.4 El bien jurídico protegido

Como analizamos supra, una de las principales críticas a este tipo se basa en que el bien jurídico protegido es la moral sexual.

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por el delito de corrupción sigue siendo la indemnidad sexual de los menores, no la moral sexual. En este mismo sentido se pronuncia la STS nº 422/2005 de 4 de abril.

La afirmación de que el bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual genera efectos inmediatos desde el punto de vista concursal: la relación con los demás tipos contra la indemnidad sexual de menores debe regirse por las reglas de concurso de Leyes<sup>141</sup>, por lo que si se aprecia abuso sexual no puede aplicarse simultáneamente el tipo de corrupción en ningún caso<sup>142</sup>.

### 3.3.5 Elementos

En cuanto al sujeto activo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión de si la expresión legal *haga participar* excluye o no del tipo al que realiza la acción sexual con el menor, manteniéndose de modo mayoritario que comete el delito tanto la persona que mantiene con el menor el comportamiento sexual como el tercero que interviene a tal fin.

---

<sup>140</sup> GIMBERNAT ORDEIG, "La primera reforma del nuevo Código penal", en El Mundo, de 15 de enero de 1997, pág. 4.

<sup>141</sup> En este sentido se ha defendido que "dada la caracterización del bien jurídico protegido en el delito de corrupción de menores, como el proceso de formación de los menores de edad, no se diferencia sustancialmente del bien jurídico de las demás infracciones del Título VIII cuando tienen por destinatario a un menor de edad, por lo que no se justifica la aplicación automática del concurso de delitos, sobre la idea de la lesión de distintos bienes jurídicos, pues con ello se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem*". TORRES FERNÁNDEZ, María Elena "El nuevo delito de corrupción de menores" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-12 (1999)

<sup>142</sup> TORRES FERNÁNDEZ llega a la misma solución pero por otra vía "La solución defendida, consistente en resolver las relaciones del delito de corrupción de menores con los demás delitos contra la libertad sexual como un supuesto de concurso aparente de normas penales, encuentra algún obstáculo en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cuando afirma que: "se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación", lo que muestra expresamente la voluntad del legislador de acumular las distintas infracciones contra la libertad sexual Sin embargo, en la regulación concreta de los delitos, en el artículo 188.5 dedicado a la prostitución incluye una cláusula que recuerda expresamente la aplicabilidad de las reglas del concurso de delitos entre esas infracciones y las correspondientes agresiones o abusos, y omite un inciso semejante en el delito de corrupción de menores, lo que plantea la duda sobre el tratamiento que haya de darse a las relaciones concursales del delito de corrupción de menores". TORRES FERNÁNDEZ, María Elena "El nuevo delito de corrupción de menores" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-12 (1999)

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de febrero de 2005, en términos censurablemente ambiguos declara que *en principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el art. 189.4 CP el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo.*

La STS nº 422/2005, de 4 de abril<sup>143</sup> declara que “se trata de una regla general que puede admitir excepciones en casos de especial gravedad de la conducta o de su resultado”, añadiendo que será posible la excepción atendiendo al tipo de acción sexual de que se trate siempre que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo.

La STS nº 422/2005, de 4 de abril exige no sólo asimetría sino también una actividad sexual que pueda calificarse de pervertida o extravagante.<sup>144</sup>.

### **3.3.6 Cuestiones concursales**

Se plantea la relación entre la utilización de menores para la pornografía infantil y el delito de corrupción de menores. En nuestra opinión no cabe apreciar conjuntamente utilización de menores del 189.1 y la corrupción de menores del 189.3 pues “toda acción pornográfica infantil lleva implícita, por sí sola, la corrupción del menor o incapaz”<sup>145</sup>, debiendo aplicarse preferentemente conforme al principio de especialidad el 189.1 a).

Más dudosa se plantea la cuestión si el sujeto activo, además de corromper al menor utilizándolo para la producción de pornografía, procede con posterioridad a difundir el material producido. Aquí, para comprender la totalidad de la antijuridicidad y dado que se lesionan otros bienes jurídicos (indemnidad sexual de los menores en general como tipo de peligro, intimidad y propia imagen del menor afectado), nos inclinamos por considerar aplicables las disposiciones del concurso real de delitos.

## **3.4 TIPOS DE ACOSO SEXUAL**

---

<sup>143</sup> Pte: Saavedra Ruiz, Juan

<sup>144</sup> El hecho probado consigna que “desde enero de 2001 y al menos en seis ocasiones, el acusado....., de más de treinta años de edad a la fecha de los sucesos que se relatan bien en su propio domicilio, bien en una cochera propiedad del padre del acusado....., mantuvo relaciones sexuales con Amanda....., de 14 años de edad....., con la que había trabado amistad, invitándola a tomar café en diversas ocasiones a raíz de darle clases en el Instituto donde ésta cursaba sus estudios como profesor de karate, sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna. A consecuencia de ello la menor necesitó tratamiento psicológico y psiquiátrico debido a la aparición de cuadros de ansiedad y de trastornos de estrés postraumático, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que tuvo su reflejo inmediato en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas y la necesidad imperiosa de aquel tratamiento para evitar un casi seguro desarrollo psicótico posterior”... Por otra parte, es cierto que la joven precisó tratamiento psicológico y psiquiátrico, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que se reflejó en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas. Ahora bien, lo que se describe puede ser consustancial a otras muchas situaciones y por ello en el tipo penal de que se trata dicho perjuicio debe estar relacionado directamente con el bien jurídico protegido por el mismo que no es otro que la libertad e indemnidad sexuales (Título precisamente reformado por la L.O. 11/99), luego tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor.

<sup>145</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 417.

### 3.4.1 Concepto legal

Conforme al art. 184.1 se castiga al *que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.*

El art. 184.2 introduce un subtipo agravado: *si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación*

El apartado tercero introduce una hiperagravación aplicable a los otros dos apartados *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.*

### 3.4.2 Contexto sociológico

Cuando se analizan cifras estadísticas sobre acoso, los datos son ciertamente preocupantes: se habla de que cerca de dos de cada tres mujeres, y uno de cada diez hombres han experimentado alguna clase de acoso sexual.

En cuando al perfil de las acosadas “no suelen tratarse de las mujeres más atractivas, sino de aquéllas que se encuentran en una situación más vulnerable; mujeres jóvenes, solteras o divorciadas, con un bajo nivel de educación y trabajos precarios suelen ser las principales víctimas. Estas situaciones, además, suelen coincidir con los momentos previos a la renovación de un contrato o a la concreción de un ascenso”<sup>146</sup>.

Los síntomas que experimentan las víctimas son los de estrés, insomnio, depresión, sentimiento de humillación, insatisfacción e indiferencia hacia el trabajo y disminución de concentración y motivación en las tareas.

El país pionero en el tratamiento legal del acoso sexual en el trabajo fue Estados Unidos, donde se partió de que era una manifestación de discriminación por razón de sexo<sup>147</sup>.

### 3.4.3 Instrumentos internacionales y supranacionales

---

<sup>146</sup> CARUSO FONTÁN “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

<sup>147</sup> Kelly, J. M. y Sinclair, A.: «Sexual Harassment of Employees by customers and other third parties: American and British Views», en *Texas Tech Law Review*, Texas, 2000, pág. 810. También ver: Peterson, L. M.: «Workplace harassment against transgender individuals: sex discrimination, status discrimination, or boht?», en *Suffolk University Law Review*, 2002, pág. 231. Notes: «Pornography, equality, and a discrimination-free workplace: a comparative perspective», en *Harvard Law Review*, Boston, 1993, pág. 1085 Ehrenreich, R.: «Dignity and discrimination: toward a pluralistic understanding of workplace harassment», en *Georgetown Law Journal*, Georgetown, 1999, pág. 11.

La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 establece la necesidad de "promover la sensibilización, información y prevención en materia de actos condenables o explícitamente hostiles u ofensivos dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar del trabajo y adoptar las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra tales comportamientos".

La Unión Europea se ha implicado decididamente en la lucha contra el acoso. La Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990 declara que *la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices.*

La Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 considera que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación determina que *el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.* En la misma se definió al acoso sexual como una acción discriminatoria de la que se deriva "un comportamiento no deseado, relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo".

#### **3.4.4 Evolución en España**

En nuestro país, el art. 607 del CP 1928 incorporó un tipo que podría considerarse precursor del acoso: *el que yaciere con una mujer honesta mayor de dieciocho años y menor de veintitrés abusando, por coacción o engaño, del ascendiente económico que posea sobre ella por su calidad de jefe, patrono u otra análoga, será castigado con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión.*

La Ley del 5 de noviembre de 1942 introduce en el art. 439 bis un tipo similar: *el que tuviere acceso carnal con mujer honesta abusando de su situación angustiosa o de la relación de dependencia o servicio que respecto a él tuviere por su calidad de patrono, jefe u otra análoga, será castigado con arresto mayor. El matrimonio de la ofendida con el ofensor extinguirá la acción penal.*

El acoso se tipifica por primera vez como figura autónoma en el CP 1995. Su origen lo encontramos en una enmienda *in voce* presentada en el seno de la Comisión por Izquierda Unida e Iniciativa por Cataluña, durante la tramitación parlamentaria. El texto original era el siguiente: *los que coaccionaren o vejaren a otros, prevaleciendo de su relación de trabajo, o mediante palabras o actos que persigan obtener favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, serán castigados con la pena de arresto de*

*siete a veinticuatro fines de semana. Las penas del párrafo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el que cometiere el hecho fuere superior jerárquico que actuare abusando de la autoridad que le confieran sus funciones*<sup>148</sup>

El tipo finalmente incorporado al CP fue objeto de severas críticas doctrinales, llegando a ser tildado de “uno de los mayores fiascos que contiene el nuevo texto punitivo motivado en buena medida por la influencia que posiciones demagógicas muy extremas e irreflexivas tuvieron en el legislador”<sup>149</sup>.

Como se ha resaltado por la doctrina, la tipificación originaria se cimentaba sobre el bien jurídico libertad sexual y se estructuraba sobre tres elementos: 1) solicitud de favor sexual 2) prevalimiento de superioridad 3) anuncio expreso o tácito de proferir un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas en el marco de las relaciones laborales docentes o asimiladas<sup>150</sup>. Se tipificó así el denominado acoso vertical.

Pese a la práctica unanimidad de las críticas doctrinales, la reforma 11/1999<sup>151</sup> supuso un ensanche de los contornos del tipo hasta el punto de que incorporó el denominado acoso horizontal o ambiental, de modo que ya no es necesario que la contaminación del ambiente conlleve una específica repercusión negativa en la permanencia en el trabajo o en las condiciones laborales o académicas (STS nº 1460/2003, de 7 de noviembre). Se incorporan como sujetos activos personas sin relación jerárquica sobre la víctima.

### **3.4.5 Bien jurídico protegido**

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, se ha considerado que no es la libertad sexual sino la integridad moral, por lo que se encuentra desubicado. Para GÓMEZ RIBERO el delito de acoso sexual protege sobre todo los derechos inherentes a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, así como su seguridad<sup>152</sup>

A los efectos de determinar en qué consista el bien jurídico dignidad de la persona, es interesante reseñar la STC nº 53/1985 de 11 de abril, que declara que *la dignidad de la persona... se halla íntimamente vinculada con el buen desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal familiar y a la propia imagen (art. 18).*

---

<sup>148</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 6 de marzo de 1995. 121/000063 Orgánica del Código Penal.

<sup>149</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo “Los delitos contra la libertad sexual” en Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995, Valencia, 1997 pag. 175.

<sup>150</sup> MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” 9ª edición Thomson Reuters pag. 356

<sup>151</sup> “Por más que cueste creerlo el acoso sexual, tan censurado en su versión primitiva, ha empeorado notablemente en sus hechuras”. BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley Orgánica 11/1999” en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999 pág. 678.

<sup>152</sup> GÓMEZ RIBERO, C.: «El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, 2001, pág. 1

El TS ha considerado, por ejemplo, que se ataca al bien jurídico dignidad en el tipo contra los derechos de los trabajadores del art. 312 CP<sup>153</sup>

También se ha defendido que el bien jurídico protegido es la seguridad de la relación laboral, académica o de servicios, ya que el sujeto pasivo se ve obligado a decidir si satisface las pretensiones sexuales o soporta el perjuicio sobre la citada relación, por lo que estos delitos deberían haber sido ubicados en el Título XV que contiene los delitos contra los derechos de los trabajadores, al considerar que los bienes jurídicos protegidos son la dignidad y seguridad en el trabajo, al responder la tipificación del acoso sexual a la protección de las condiciones en que un trabajador desempeña su función<sup>154</sup>.

Para DE VICENTE "la actitud de acoso supone un atentado directo contra el derecho al respeto de la intimidad del trabajador, circunstancia que... corrobora el art. 4.2.e del ET, el cual considera la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual comprendida en el derecho de los trabajadores, en la relación de trabajo, al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad"<sup>155</sup>

OTERO GONZÁLEZ detecta varios bienes jurídicos protegidos: la intimidad y la dignidad de la víctima, y, además, en determinados casos la libertad sexual también se ve afectada<sup>156</sup>.

Algunos autores distinguen el bien jurídico en función de la clase de acoso: se entiende que en el acoso horizontal, el bien jurídico protegido ya no es la libertad sexual sino "el derecho del trabajador, estudiante o asimilado al respeto a su dignidad, honor e intimidad"<sup>157</sup>.

En nuestra opinión es perfectamente posible sostener que también este tipo, en última instancia protege la libertad sexual<sup>158</sup>, aunque puede considerársele pluriofensivo, pues la intimidad y la dignidad también sufren lesión<sup>159</sup>.

---

<sup>153</sup> "En el fondo constituye un ataque a la dignidad personal, por lo que supone de vejación injusta al trabajador, en definitiva, al ser humano. De este modo resulta que nos hallamos ante un bien jurídico que en alguna medida se caracteriza por su carácter personal o individual, situación que obligaría a excluirlo de la continuidad delictiva, por aplicación del p. 3 del art. 74 C.P". STS nº 160/2011, de 15 de marzo Pte: Soriano Soriano, José Ramón

<sup>154</sup> Galván, R.: «Comentario a la sentencia 1/2002 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla\_León: Acoso sexual: caso Nevenka», en *Revista de Derecho Social*, 2002, pág. 173

<sup>155</sup> DE VICENTE PACHÉS, F. *El Derecho del...*, ob. cit., p. 182.

<sup>156</sup> OTERO GONZÁLEZ, P.: "El nuevo delito de acoso sexual (Tras su modificación por LO 11/1999, de 30 de abril)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2000, pág. 510.

<sup>157</sup> MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" 9ª edición Thomson Reuters pag. 358

<sup>158</sup>SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso "Derecho Penal parte especial" Dykinson, 2010 pag. 241 consideran que en todo caso el acoso protege el bien jurídico de la libertad sexual

En cuanto a la jurisprudencia, la STS nº 1135/2000, de 23 de junio<sup>160</sup> considera que *el acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18.1 de la Constitución*

La STC nº 224/1999, de 13 de diciembre<sup>161</sup> parece centrarse en el derecho a la intimidad personal del trabajador<sup>162</sup>.

---

Como expone CARUSO, “no compartimos la solución de brindar a la integridad moral el carácter de bien jurídico protegido por el tipo básico de acoso sexual. Es necesario considerar que el fin último del autor al realizar una solicitud con contenido sexual no es la de provocar a la víctima una situación intimidatoria o humillante, sino que ello es simplemente un medio utilizado para lograr que ésta acepte llevar a cabo la conducta requerida. El dolo del autor esta dirigido a afectar la formación de la voluntad de la víctima en un sentido determinado; el de cumplir con su propuesta sexual; y la forma de afectar su proceso psicológico de deliberación es provocando una situación que, por su carácter intimidatorio, hostil o humillante, haga a la víctima plantearse la posibilidad de cumplir con una solicitud no querida” CARUSO FONTÁN, Viviana “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

En la misma línea se ha argumentado que “la libertad sexual comprende dos aspectos: la posibilidad de disponer del propio cuerpo; y la posibilidad de rechazar los comportamientos y repeler los ataques de naturaleza sexual, es decir, el derecho a no verse inmerso en un contexto sexual no querido. El acoso sexual se considera ilícito por cuanto influye sobre este último aspecto de la libertad sexual y, así pues, su tutela debe incluir la protección del individuo frente a dicho acto” ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio “El acoso sexual en el trabajo” Editorial Tirant lo Blanch, 2002

<sup>159</sup> Para LAFONT “se protege la libertad sexual y el ambiente correcto del centro de trabajo que proscribe las conductas intimidatorias, hostiles o humillantes” LAFONT NICUESA, Luis “El delito de acoso moral en el trabajo” Editorial Tirant lo Blanch, 2008

<sup>160</sup> Pte: Granados Pérez, Carlos

<sup>161</sup> Pte: Mendizábal Allende, Rafael de: En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas.

<sup>162</sup> “el acoso sexual puede tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal”.

### 3.4.6 Tratamiento en otras ramas del Derecho

Las objeciones que desde el principio de intervención mínima se han formulado al precepto<sup>163</sup> tienen como argumentos colaterales favorables el dato de que la lucha contra el acoso tiene otras concreciones extrapenales. El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), incorpora entre las infracciones muy graves al acoso sexual, *cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial*. El art. 17 ET determina la nulidad de las decisiones unilaterales del empleador, o las de cualquier otro sujeto que actúe por delegación del poder de dirección, que signifiquen un perjuicio para la trabajadora que rechace una proposición de carácter sexual.

## 3.5 EXHIBICIONISMO

### 3.5.1 Concepto legal

El art. 185 castiga al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces.

La pena prevista es la de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses

### 3.5.2 Evolución histórica

La preocupación por los delitos de escándalo público fue una constante –diríamos que una obsesión- en la Fiscalía española en el pasado<sup>164</sup>.

La reforma operada por LO 5/1988, de 9 de junio derogó el delito de escándalo público e introdujo el exhibicionismo, limitando el sujeto pasivo a los menores de 16 años.

El CP 1995 amplía el radio de protección a los menores de edad en general, lo que motivó críticas doctrinales<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> “La colisión del precepto con el principio de intervención mínima deberá ser objeto de un análisis especial dadas las serias dudas que plantea, máxime cuando el propio ordenamiento prevé remedios para la defensa del perjudicado en situaciones como las que se describen en el tipo penal del acoso. Así el Estatuto de los trabajadores prevé sanciones disciplinarias y el Código penal, igualmente, prevé conductas típicas, como las de las amenazas, coacciones y los malos tratos degradantes, constitutivos de delito o de falta, que permiten una adecuada respuesta al ilícito penal” MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés “Acoso sexual” Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag. 88

<sup>164</sup> Así pueden mencionarse la Circular de 9 de julio de 1921, sobre publicaciones pornográficas, su exhibición y propaganda; la Circular de 2 de octubre de 1923, sobre la pornografía; la Instrucción de 16 de febrero de 1928, sobre el celo del Ministerio Fiscal para el exacto cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales, en los procedimientos relacionados con publicaciones pornográficas. Sobre publicaciones pornográficas, su exhibición y propaganda; la Circular de 9 de julio de 1921, acerca del cumplimiento del acuerdo de la Cámara Oficial del Libro por la venta de obras obscenas; la Circular de 13 de febrero de 1976, sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral; la Circular de 10 de febrero de 1914, acerca de los delitos cometidos por medio de la imprenta, por ataques y censuras al Rey y Real familia, publicaciones contra la moral y buenas costumbres, aún en las películas cinematográficas, injurias a particulares que constituyan escándalo público e injurias a autoridades y funcionarios públicos; la Circular de 14 de febrero de 1914, para la persecución del delito de escándalo público, constituido por las publicaciones por medio de la imprenta, que en su conjunto sean sicalípticas o pornográficas.

El Proyecto de reforma de 1999 reproducía el tipo descrito por el CP 1995, pero sustituyendo la pena de multa por la de prisión de 1 a 3 años y recuperando el tipo de exhibición obscena ante personas mayores de edad sin su consentimiento, innovación sugerida por la Fiscalía General del Estado. Finalmente en su redacción definitiva se mantiene sólo la exhibición obscena ante menores o incapaces, y se prevé para el delito una pena alternativa de prisión de 6 meses a un año o multa.<sup>166</sup>

### 3.5.3 Tipo objetivo

Los actos exhibicionistas han de consistir en comportamientos de contenido sexual y tener cierta gravedad, por lo que deben excluirse del radio típico conductas cuya práctica fuera de la intimidad está socialmente aceptadas<sup>167</sup>.

Como expresa CUERDA ARNAU “en cualquier caso, y a partir de una interpretación acorde con el bien jurídico protegido, de lo que no hay duda es de que quedan fuera del tipo las acciones insignificantes (v.g. el simple nudismo en una playa o meros comportamientos efusivos en exceso que, por vulgar que resulte su realización en público, constituyen una práctica normalmente aceptada)”<sup>168</sup>.

### 3.5.4 Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el menor de edad, es decir el menor de 18 años, y el incapaz. El consentimiento prestado por los mismos es irrelevante (STS nº 1553/2000, de 10 de octubre).

El principal problema que plantea el tipo es, precisamente, el de la edad del sujeto pasivo. Desde luego está claro que si el acto sexual se ejecuta ante mayores de edad, el hecho es atípico. También está claro que si el acto sexual se ejecuta ante menores de trece años el hecho será típico. Igualmente lo será con claridad si se ejecuta ante mayores de trece años sin su consentimiento. La duda surge cuando se ejecuta el acto ante menores mayores de trece años con su consentimiento. Para algunos autores, una interpretación sistemática que tenga en cuenta que el menor mayor de 13 puede consentir la realización del acto sexual abogarían por la no punibilidad de la conducta de

---

<sup>165</sup> La referencia que hace el Código a menores de edad ha de ser a los menores de dieciocho años, lo cual parece excesivo, debiendo haberse mantenido el límite del CP anterior de los dieciséis años SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso “Derecho Penal parte especial” Dykinson, 2010 pag. 241

<sup>166</sup> BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999” Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag 281

<sup>167</sup> Vid, en este sentido LAMARCA PÉREZ, Carmen “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual” Revista La Ley Penal número 35 febrero 2007

<sup>168</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag.221

exhibición en caso de concurrencia de consentimiento<sup>169</sup>. Esta interpretación es impugnada por otro sector de la doctrina con la que coincidimos, pues el precepto no exige en su dicción literal la falta de consentimiento<sup>170</sup>. Creemos que, aunque bienintencionada, esta interpretación es frontalmente *contra legem*.

### 3.5.5 Tipo subjetivo

Para algunos autores el tipo exige un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la tendencia lasciva con que debe realizarse esta conducta, lo que supondría la atipicidad de actos de exhibición no orientados a excitar el deseo sexual propio o ajeno por ejemplo, desnudarse en un vestuario, en la playa o las prácticas de las familias naturistas.

En nuestra opinión los supuestos apuntados deben quedar fuera del tipo, pero no porque no cumplimenten los requisitos subjetivos, sino simplemente porque no cumplen los

---

<sup>169</sup> En este sentido encontramos las siguientes opiniones: “Parece claro que la conducta debe ser no consentida, en la medida en que carecería de sentido que el Derecho penal deje impunes las relaciones sexuales consentidas de los mayores de trece años y los menores de dieciocho y, sin embargo, sancione los actos de exhibición delante de éstos con su consentimiento. No obstante, permanece la duda en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor de esa de edad o un incapaz, sobre todo si se considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de aquéllos. Cabría la posibilidad de llegar a una solución diferenciada en este último grupo de casos, frente al anterior, sancionando uno (cuando el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz y consiente) y no otro (cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años y consiente). En cualquier caso, estamos ante una disyuntiva que se debería solucionar expresamente en la Ley, probablemente armonizando la edad establecida en este delito y la dispuesta para mantener relaciones sexuales libres de sanción penal”. GÓMEZ TOMILLO, Manuel “Derecho Penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, 2005

“Resulta paradójico que desde el Derecho Penal se otorgue al mayor de 13 años y menor de 18 capacidad para mantener relaciones sexuales no viciadas por abuso de superioridad o engaño, y sin embargo se prohíba q pueda ser confrontado con actos de exhibición obscena; actos que pueden constituir lógicamente el tránsito a dicha relación. Por lo expuesto queda claro que el tipo reclama, tratándose de mayores de 13 años, una conducta en la que se involucre al menor en un contexto sexual no consentido o previsto, exigencia que se acentúa cuando más se acerca el sujeto pasivo al umbral de la edad que determina su plena capacidad” MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” 9ª edición Thomson Reuters pag. 367

“Piénsese, al respecto, que el menor al que apela el precepto puede tener, por supuesto, trece, catorce o quince años y, por consiguiente, libertad para decidir relacionarse sexualmente con quien desee, pero, sobre todo (por haber superado esa segunda franja de edad especialmente protegida), dieciséis, diecisiete o dieciocho años y constituir dichos actos de exhibición obscena una fase previa a una relación sexual por él consentida o deseada y, en esa medida, perfectamente lícita, lo cual arrojaría el siguiente resultado: resultarían sancionados los actos preliminares de una relación sexual cuyo mantenimiento, sin embargo, en la medida en que fuera libre, resultaría lícito. La conclusión, evidentemente, es absurda” RAMON RIBAS, Eduardo “Los delitos de abusos sexuales a menores” Tirant Lo Blanch, 2009

“Creo también que la única posibilidad de interpretar los arts. 185 y 186 con coherencia con el resto de la regulación de los delitos sexuales, es respetando aquí también la validez de los trece años como edad legal para el consentimiento sexual. Lo que conlleva sancionar el exhibicionismo y provocación sexual sólo cuando concurren medios especialmente lesivos de la libertad sexual, pero en ningún caso *iuris et de iure* a todos los menores”. CUGAT MAURI, Miriam “Situación y panorama de los delitos sexuales” La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 35, 2007, págs. 27-40

<sup>170</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 214

requisitos objetivos, esto es, porque no pueden considerarse actos de exhibición obscena.

La STS nº 968/2009, de 21 de octubre se decanta por no exigir un dolo específico<sup>171</sup>.

### 3.5.6 Culpabilidad

El exhibicionista puede presentar problemas psiquiátricos con la consiguiente afectación de la imputabilidad<sup>172</sup>.

### 3.5.7 Bien jurídico protegido

Para MUÑOZ CONDE, la exigencia de que sea la exhibición sea obscena “pone de relieve que el legislador no ha querido prescindir de criterios culturales o sociales impregnados de contenidos morales, pues según la interpretación que corresponde al término, obsceno es lo contrario al pudor o a las buenas costumbres lo que va sin duda más allá de la libertad de la persona que padece el acto de exhibición”<sup>173</sup>

Algunos autores se decantan con claridad por la libertad sexual como bien jurídico protegido<sup>174</sup>.

El Tribunal Supremo, con más precisión, ha señalado que es la indemnidad sexual (STS nº 422/2005 de 4 de abril). Decimos que con más precisión porque partimos de que conforme a la dicción del tipo, es indiferente que concurra o no el consentimiento del menor.

La STS nº 968/2009, de 21 de octubre desarrolla con acierto la indemnidad sexual del menor como bien jurídico protegido<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Pte: Berdugo y Gómez de la Torre “En el tipo del art. 185 no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en su contexto sexual, basta simplemente que se realice esa conducta a su vista. El bien jurídico protegido no es otro que el derecho del menor a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de su persona, a no verse por tanto, inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad”.

<sup>172</sup> En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual” Revista La Ley Penal número 35 febrero 2007

<sup>173</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)” en *Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid, 1989.

<sup>174</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso “Derecho Penal parte especial” Dykinson, 2010 pag. 245

<sup>175</sup> Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón *debe señalarse que el precepto, el art. 185 CP, en contra de lo que ocurría con sus precedentes legislativos, no trata ya de proteger la decencia pública, el pudor, como concepto general, sino que actualmente tiende a proteger a la infancia, pues, tratándose de personas cuya personalidad se encuentra aun en formación, la contemplación o la realización de actos de elevada proyección sexual o erótica -realización del acto sexual desnudos en presencia de la menor - puede serles tremendamente perjudicial, incluso traumáticos, en su desarrollo evolutivo, dado que no cuentan con móviles de desarrollo, habilidades psicológicas o madurez adecuada para manejar la situación o cuadro sensorial que determinada realidad les impone, es decir, para establecer, sin*

### 3.5.8 Concursos

Si de los actos de exhibicionismo se pasa a actos de agresión o abuso sexual, se producirá un concurso de Leyes.

## 3.6 DIFUSIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO ENTRE MENORES

### 3.6.1 Concepto legal

Conforme al art. 186 CP *el que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

### 3.6.2 El concepto de material pornográfico

Como se ha expresado “los dos ingredientes que convierten un producto en pornográfico son su grosera obscenidad y su total carencia de valor artístico, literario, pedagógico, científico”<sup>176</sup>.

En Estados Unidos en el caso Miller el TS elabora un test para calificar una obra de pornográfica. Se requiere: 1) que el hombre medio, aplicando los standards comunitarios vigentes en ese momento, pueda entender que la obra tomada en su conjunto apela a un interés salaz; 2) es preciso que la obra describa o represente de modo patentemente ofensivo una conducta sexual; 3) se requiere que la obra tomada en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, político o científico.

La STS nº 1553/2000, de 10 de octubre<sup>177</sup> consideraba que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia...las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.

La STS nº 1058/2006, de 2 de noviembre por su parte entiende que “es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores...”.

---

*perjuicio propio y en su justa medida, el alcance y significado de su contexto determinado en que se ven inmersos. Se protege al menor, por ello, de una descarga cognitiva que evolutivamente no puede asimilar, pues aunque, ciertamente, para personas mayores de edad, aunque no tengan por qué soportar estos excesos, los actos de referencia pueden resultar indiferentes e incluso patéticos, cuando de una menor se trata se pone en juego su equilibrio psíquico, sus parámetros valorativos y en suma, su adecuado desarrollo y maduración personal... bien jurídico -se insiste- protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, esto es, un conglomerado de intereses y valores: La preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad.*

<sup>176</sup> ORTS BERENGUER, ROIG TORRES “Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática” Documento TOL1.003.674, /2001

<sup>177</sup> Pte: Sánchez Melgar, Julián

### 3.6.3 Tipo objetivo

De nuevo aquí se reproduce el debate sobre si en relación con los menores mayores de trece años el consentimiento excluye la tipicidad, por lo que podemos dar por reproducido lo expuesto *supra*. En relación con este tipo si disponemos de un precedente clarificador: la STS nº 1553/2000, de 10 de octubre<sup>178</sup> declara que *el nuevo Código penal ha elevado la edad de los sujetos pasivos del delito, en aras de una mayor protección de su personalidad en formación, de 16 a 18 años, coincidente con la mayoría de edad civil*. En el caso analizado, los sujetos pasivos son siete menores de 17 años de edad, alumnos de un instituto.

La difusión tiene que ser directa, por lo que como se ha defendido “quedan fuera del tipo conductas como la del quiosquero que tiene revistas procaces a la vista o la del adulto que las posee y no adopta medidas de cautela para evitar que lleguen a manos de los niños”<sup>179</sup>.

### 3.6.4 Tipo subjetivo

No es un delito de tendencia interna intensificada, por lo que no es exigible que el autor actúe guiado por un ánimo lascivo o lúbrico<sup>180</sup>. La STS nº 1553/2000, de 10 de octubre<sup>181</sup>, en un supuesto en el que un docente entrega a sus discípulos menores el video en el que un director de un medio de comunicación realizaba prácticas sexuales, niega que sea exigible tal elemento<sup>182</sup>.

### 3.6.5 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad sexual<sup>183</sup>, o con más precisión, la indemnidad sexual. En este sentido puede citarse la STS nº 961/2011, de 20 de septiembre<sup>184</sup>: el bien

---

<sup>178</sup> Pte: Sánchez Melgar, Julián

<sup>179</sup> CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 225

<sup>180</sup> MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” 9ª edición Thomson Reuters, 2011 pag. 370

<sup>181</sup> Pte: Sánchez Melgar, Julián

<sup>182</sup> “el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que fuese la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo. Desde luego, una clase de dibujo técnico no justifica por sí misma tal emisión, por desbordar los cauces pedagógicos de la asignatura que el acusado impartía. Y por supuesto, el ofrecimiento de la visualización y posterior reproducción de tal cinta videográfica entre sus alumnos, menores de edad, no es compatible con su finalidad educadora, estando indudablemente fuera del contexto de la disciplina docente que impartía. La afectación en el desarrollo de la personalidad de los menores resulta evidente, y esa es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico protegido. Por las razones expuestas, procede la desestimación de este motivo, y con él del recurso de casación”.

<sup>183</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso “Derecho Penal parte especial” Dykinson, 2010 pag. 247

jurídico que protege el art. 186 del C. Penal se centra en el derecho a no resultar dañadas en el proceso de su formación sexual y en el desarrollo y evolución de su personalidad en ese ámbito.

### 3.6.6 Concursos

Cuando la difusión se vea acompañada o seguida en unidad temporal por agresiones o abusos sexuales, habrá de apreciarse un concurso de leyes, procediendo la punición del delito más grave. En este sentido puede citarse la STS 1265/2003, de 12 de octubre<sup>185</sup>.

Sin embargo, cuando no se produce esa unidad temporal con las agresiones o los abusos, es de apreciar un concurso de delitos. La STS nº 961/2011, de 20 de septiembre<sup>186</sup> analiza un supuesto en el que la conducta integrante de la exhibición del material pornográfico se ejecutaba como conducta autónoma y sin vinculación medial próxima con los actos insertables en los delitos de abusos sexuales. Este menoscabo se producía también, así pues, de forma separada e independiente de los actos sexuales concretos cuando los menores visionaban las películas pornográficas sin el fin inmediato o próximo de atender a los deseos sexuales del acusado.

La clave, pues, para resolver estos supuestos es si entre la difusión de pornografía y el abuso concurre o no un plazo temporal suficiente que permita considerar todo como un acto único susceptible de soportar una única valoración jurídico penal o no<sup>187</sup>.

El material entregado a una pluralidad de menores dará lugar a tantos delitos como menores reciban el mismo (STS nº 1066/2007, de 17 de diciembre)<sup>188</sup>.

Se ha defendido que “si lo que se entrega al menor es material pornográfico infantil debe tipificarse como dos delitos en concurso medial, el del 189.1. b) y el del 186<sup>189</sup>”.

---

<sup>184</sup> Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

<sup>185</sup> Pte: Martín Pallín, José Antonio

<sup>186</sup> Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

<sup>187</sup> Se ha considerado que “por lo que se refiere a los casos en que los referidos actos van precedidos o seguidos de otro delito contra libertad sexual, la mayoría de la doctrina -y también la jurisprudencia- se inclina por estimar un concurso de delitos, que suele calificarse de medial . Personalmente, discrepo de esa solución, que era sostenible cuando se admitía -o algunos admitían- que el bien jurídico protegido en el llamado delito de escándalo público era de naturaleza colectiva y se cifraba en la moral sexual. Pero ahora existe acuerdo en admitir que el objeto de protección es unitario en todo el Título y, por tanto, si no existe un razonable lapso temporal entre ambas conductas no parece que quepa estimar la pluralidad delictiva . En consecuencia, estimo que lo aplicable será el delito de agresiones o, en su caso, el de abuso sexual, dejando a salvo la posibilidad del concurso para el supuesto de que tales conductas tuvieran lugar ante un tercer menor o incapaz” CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 241

<sup>188</sup> Pte: Monterde Ferrer, Francisco

En el mismo sentido se ha defendido que “cuando las conductas tengan como destinatarios o protagonistas a varios menores o incapaces, parece claro -toda vez que se ha aceptado que el bien jurídico es de titularidad individual- que habrá un concurso (real) de delitos, pudiéndose apreciar la continuidad delictiva” CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997 pag. 241

<sup>189</sup> En el mismo sentido se pronuncian MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” 9ª edición Thomson Reuters, 2011 pag. 371, aunque no especifican si el concurso sería real o medial.

Los bienes jurídicos atacados son distintos”. En sentido opuesto, se ha entendido que estos supuestos debieran resolverse conforme a los criterios de concurso de Leyes, a favor del tipo del art. 189<sup>190</sup>.

En nuestra opinión, quien exhibe a un menor material pornográfico infantil, comete dos delitos: el del art. 186 (difusión de pornografía a menores) y el del art. 189.1.b) (difusión de pornografía infantil), en régimen de concurso ideal. La razón es clara: dada la diversidad de bienes jurídicos protegidos, para abarcar el total desvalor se necesita aplicar los dos tipos. En este sentido se pronuncia la STS n° 1066/2007, de 17 de diciembre, que aplica los dos tipos, considerando que el concurso es ideal, aunque los pena por separado por ser más favorable al condenado<sup>191</sup>.

### **3.7 LA RELACIÓN ENTRE LAS AGRESIONES SEXUALES Y LAS LESIONES PSÍQUICAS**

El Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 10 de octubre de 2003 declara que *las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil.*

El propio Acuerdo dice que esa será la solución ordinaria, pero no la única posible, por lo que no exime de la obligación de que en cada caso se valore si debe o no apreciarse un concurso de delitos como excepción a la regla general.

Cuando la violencia aplicada excede de lo que puede tenerse como consustancial a las agresiones sexuales, y además de un ataque a la libertad sexual se realiza ataque a la integridad física o psíquica o salud de la víctima merecedor de consideración a parte, el delito sexual puede concurrir con una falta o delito de lesiones (SSTS 3 de junio de 1996, de 23 de diciembre de 1996).

Cuando la afección psíquica sea la consustancial al delito deberá apreciarse un concurso de Leyes. En este sentido, por ejemplo, la STS 13 de noviembre de 1999 declara que “el sentimiento de culpabilidad y el estrés, así como los trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso, o la secuela de estrés postraumático, que se han generado en la víctima del abuso sexual son precisamente las consecuencias extratípicas del delito... “.

---

<sup>190</sup> Para ESCOBAR “el art. 186 castiga al que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces. Por consiguiente, existirá un concurso aparente de normas entre el art. 186 y el art. 189.1 b), si el material pornográfico que se ha elaborado utilizando a menores de edad o incapaces se vende, difunde o exhibe a menores de edad o incapaces. Conforme al art. 8.4 C.P. aquél debe resolverse en favor del art. 189.1 b) que establece mayor pena”. ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael La reforma de la l.o. 15/03 en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

<sup>191</sup> El sujeto agente llevó a cabo estas conductas típicas que merecen su castigo -tal como ha efectuado la Sala de instancia- aplicando el precepto dicho, 189.1.b) CP, y ello con independencia de los dos delitos de exhibición (art. 186 CP) que ya se han estimado existentes con relación a cada uno de los sujetos pasivos de los mismos.

## 4. LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL PROYECTO DE 2013

### 4.1 Introducción

No podemos sino hacer nuestras las palabras de CUGAT MARTÍ: “en un momento como el actual en el que parece imposible conseguir una foto fija del cuerpo normativo del Derecho penal, en el que las reformas se suceden a tanta velocidad que en ocasiones se llegan a reformar artículos de leyes aprobadas antes de su propia entrada en vigor, que los cambios de orientación político criminal pueden acaecer antes de que las leyes en vigor hayan empezado a aplicarse y que en todo caso cada nueva reforma nos sorprende antes de que haya sido posible conocer el alcance y significado de las anteriores, podría parecer el tiempo menos apropiado para detenernos en el estudio de los delitos sexuales”<sup>192</sup>.

Debieran partir todos los responsables políticos con intervención en los procesos legislativos penales de la necesidad de no incurrir en propuestas superficiales y oportunistas, de evitar buscar el titular de prensa políticamente rentable. En definitiva, debiera estar proscrito legislar –más aún en un ámbito tan delicado como el penal- de cara a la galería. Desgraciadamente, parece que el recurso al Derecho penal simbólico orientado a la obtención de réditos electorales es una tentación demasiado fuerte.

### 4.2 La edad de consentimiento sexual

El Código Penal de 1995 estableció la edad de consentimiento sexual en los doce años, al fijar este límite para castigar los actos sexuales con menores y al suprimir el tipo de corrupción.

El Anteproyecto de 1999 introducía una previsión conforme a la cual "tampoco será válido el consentimiento de los mayores de 13 y menores de 15 años respecto de relaciones sexuales con mayores de 18 años". Esta cláusula no llegó a incorporarse al texto finalmente aprobado<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> CUGAT MAURI, Miriam “Situación y panorama de los delitos sexuales” La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N.º. 35, 2007, págs. 27-40

<sup>193</sup> Se ha escrito que “ningún criterio científico permite situar estos umbrales en edades fijas predeterminadas de modo indiscutible. Como señala el informe de la FGE, “la fijación de un límite biológico como inalterable frontera para el juicio de tipicidad no puede ser ajena a un convencionalismo que, como tal, encierra una importante carga de relatividad”. También es razonable la observación de que no se puede prohibir a una persona las relaciones sexuales con otra hasta que cumpla 15 años, pero cabe entender igualmente razonable el temor de que, cuando un menor de esa edad consiente el acceso carnal con un adulto, su voluntad puede no ser realmente libre, aunque no quepa demostrar la concurrencia precisa de violencia, intimidación, engaño o prevalimiento en el caso concreto. En medio de estos riesgos que *pueden* desembocar o no en un resultado perjudicial para el menor, el Ministerio *creyó* adecuado seguir a la letra la Resolución 1099, de 25 de septiembre de 1996, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en el sentido de que “tampoco será válido el consentimiento de los mayores de 13 y menores de 15 años respecto de relaciones sexuales con mayores de 18 años”, por entender que los parlamentarios europeos (menos *pretridentinos* probablemente que las autoridades españolas) hablaban con conocimiento de causa de una situación preocupante de una manera generalizada. Al parecer, pensar de este modo fue algo más que una ingenuidad (¿un pecado?). BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999” Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag 276

La reforma 11/1999 elevó, no obstante, la edad de consentimiento sexual, pues por un lado estableció la punición del acceso con menores de 13 años y por otro lado volvió a introducir un tipo de corrupción de menores, en el que el sujeto pasivo protegido podía ser cualquier menor de dieciocho años.

Con el sistema vigente en la actualidad puede decirse que se considera un ataque contra la indemnidad sexual cualquier comportamiento sexual con menores de hasta trece años, siendo completamente irrelevante el consentimiento. Los menores de trece años serían personas protegidas de forma incondicional frente a cualquier actuación sexual de terceros. A partir de los trece años el consentimiento puede ser relevante, pero se castigan los actos sexuales con menores de dieciséis años interviniendo engaño (art. 183), se castigan los actos de exhibicionismo ante menores de dieciocho años, la difusión de pornografía ante menores de dieciocho años, los actos de corrupción de menores de dieciocho años, y la elaboración de material pornográfico con menores de dieciocho años<sup>194</sup>.

Por tanto, con el Derecho vigente no es exacta la afirmación de que los menores mayores de trece años pueden libremente consentir relaciones sexuales. En realidad, con rigor, no puede afirmarse que la edad de consentimiento quede fijada en trece años, sino que lo correcto es decir que a partir de trece años se concede amplia pero no completa operatividad al consentimiento en materia sexual.

Podría sintetizarse el *status quo* actual mediante la siguiente fórmula: la franja de menores hasta trece años es total y absolutamente protegida contra inmisiones sexuales, la franja de trece a dieciséis es especialmente protegida contra inmisiones sexuales engañosas y la franja hasta dieciocho años es protegida frente a comportamientos corruptores, exhibicionistas y provocadores.

Aún así, en España, la regulación de la capacidad de obrar sexual seguía siendo una de las más permisivas en Derecho Comparado.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre propuso introducir en la legislación que “un menor de 15 años no puede dar su consentimiento a relaciones sexuales con un mayor”.

Algunos sectores doctrinales continuaron defendiendo una elevación de la edad de consentimiento sexual<sup>195</sup>. La crítica de mayor peso procedía del Comité de Derechos del

---

<sup>194</sup> Toda la regulación destinada a la protección penal de la indemnidad sexual de los menores gira en torno al presupuesto de su incapacidad en algunos casos y sus limitaciones en otros para consentir válidamente en las relaciones sexuales. Sin embargo, siendo esta idea el pilar de toda la regulación que les afecta en este ámbito ni existe una norma general que nos guíe en la valoración de la validez de su consentimiento, ni los diversos preceptos guardan absoluta coherencia entre sí. CUGAT MAURI, Miriam “Situación y panorama de los delitos sexuales” *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, ISSN 1697-5758, Nº. 35, 2007, págs. 27-40

<sup>195</sup> A propósito de la mayoría de edad sexual, antes fijada en los 12 años y hoy en los 13, comenta GÓMEZ TOMILLO (“Comentario al art. 183”, en GÓMEZ TOMILLO, “Comentario previo al Título VIII”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010 pág. 728), que “quizá debería haberse reflexionado sobre la posibilidad de elevar la edad a los catorce años, haciéndola

Niño<sup>196</sup>. Este organismo dijo en sus Observaciones Finales al último Informe presentado por España literalmente que “expresa su preocupación por el hecho de que la edad relativamente baja para el consentimiento sexual, los 13 años de edad, vuelva a los niños más vulnerables a la explotación sexual, recomendando al Estado español que considere la posibilidad de elevar la edad”.

La psicología ha asumido las tesis de David Filkenhor<sup>197</sup>, que en definitiva defiende que un menor no puede prestar consentimiento cuando entabla relación sexual con un adulto significativamente mayor, pues la asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común.

El Proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2013 dispone en su Exposición de Motivos que:

“Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la “edad de consentimiento sexual” como la “edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.” En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos – donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años - y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad – de menos de dieciocho años – pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”.

---

*coincidir, pues, con el umbral mínimo establecido en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”.*

<sup>196</sup> El CDN es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño . La Convención estipula la creación de este Comité en los artículos 43, 44 y 45.El Comité también supervisa la aplicación de dos Protocolos Opcionales de la Convención, sobre participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil. El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra tres sesiones al año, durante un período de tres semanas en enero, mayo-junio y septiembre. En cada sesión, el Comité examina los informes de unos 10 Estados Parte, discute problemas con una delegación gubernamental y presenta sus observaciones finales.

<sup>197</sup> Finkelhor, *Sexually victimized children*. New York: Free Press, 1979; Finkelhor/Hotelling, "Sexual abuse in the national incidence study of child abuse and neglect: An appraisal" en *Child Abuse and Neglect*, 8(1), 1984, págs. 23-33. Finkelhor, D. (ed.). (1984). *Child sexual abuse: New theory and research*. New York: Free Press.

El Proyecto de 2013 introduce, pues, un cambio de enorme calado en relación con el Código Penal vigente y en relación también con el Anteproyecto de 2012: se eleva la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, de modo que en el texto proyectado, cualquier conducta sexual con un menor que aún no haya cumplido los dieciséis años tendrá trascendencia penal. Se trata de una opción de política legislativa legítima que supone una homologación con otros países de nuestro entorno jurídico cultural.

El art. 183.1 en su redacción del Proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2013 dispone que *el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

Una primera reflexión sería la de que es necesario introducir una cláusula de asimetría para preservar el principio de intervención mínima.

La necesidad de una cláusula de asimetría fue sugerida por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013. Ahora se torna aún más necesaria con la elevación de la edad del consentimiento sexual. El Prelegislador la tiene en cuenta, pues introduce un nuevo art. 184 quáter, con el siguiente contenido: *el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*<sup>198</sup>

El precepto está redactado con flexibilidad, de manera que permite dar respuesta adecuada a una realidad no susceptible de reconducción a esquemas simples. Sin embargo, genera espacios de inseguridad jurídica.

Debe no obstante señalarse que se incurre en una errata, pues tal como está redactada esta excusa absolutoria sólo sería aplicable para chicas menores de dieciséis años, cuando parece obvio que la misma ratio concurrirá con carácter general para adolescentes varones de dicha edad.

Si seguimos los criterios de Finkelhorn, la cláusula se aplicaría a los actos realizados con adolescentes entre los trece y dieciséis años cuando el autor tenga una diferencia de edad inferior a los diez años, esto es, serían impunes las relaciones de menor de trece años con personas de entre 14 y 22 años, las de menor de catorce años con personas de entre 14 y 23, o la de menor de quince años con personas de entre 14 y 24 años. Por supuesto quedarían también fuera del Derecho Penal (tanto de adultos como juvenil) las relaciones sexuales de menores con personas de su misma edad, concurriendo consentimiento.

---

<sup>198</sup> El texto del Anteproyecto disponía que “el consentimiento libre del menor de quince años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez.” Nótese que se ha modificado a peor, pues parece claro que debe estar equiparado el tratamiento de la víctima sea de uno u otro sexo

En todo caso, tal como está redactada la cláusula de asimetría su aplicación no debe basarse simplemente en el dato cronológico, sino que habrá de analizarse caso por caso el grado de desarrollo o madurez del menor.

La Fiscalía General del Estado ya se había hecho eco de la necesidad de tener en cuenta la cláusula de asimetría, y así en la Circular 9/2011 se admite esta posibilidad en el ámbito de aplicación de la Ley Penal del Menor, en relación con menores penalmente responsables (de más de 14 y de menos de 18 años) que entablan relaciones sexuales con menores de edad)<sup>199</sup>.

### 4.3 Exhibicionismo

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2012 se refería a que “se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de trece años actos o abusos sexuales sobre otras personas, con la introducción de un nuevo artículo que prevé penas de hasta tres años de prisión”.

En efecto, el Anteproyecto de 2012 introdujo un nuevo tipo del siguiente tenor: *el que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de trece años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”*

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 consideraba que

“pese a lo que parece anunciar el Anteproyecto, este tipo penal proyectado dista de ser novedoso. En el texto vigente se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses en el art. 185 al que *ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*. El texto proyectado implica un castigo más severo de este tipo de comportamientos corruptores y el tratamiento singularizado de un acto de exhibición de mayor gravedad, por referirse a abusos sexuales. Parece que este tipo de conductas corruptoras, en efecto, merecerían una penalidad superior. La descripción típica es más amplia, siendo el tipo proyectado en nuestra opinión más operativo a la hora de perseguir conductas que merecen, por su potencialidad corruptora, idéntico reproche penal. No obstante, debe repararse en que se restringe drásticamente la edad del sujeto pasivo del delito: en el

---

<sup>199</sup> Considera la Circular que a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en España no existen reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. Así, con carácter general cabe incriminar todo contacto sexual realizado con persona menor de 13 años cuando el autor es mayor de 18 años. Pero cuando el autor es un adolescente penalmente responsable por tener entre 14 y 18 años tal afirmación debe matizarse, pues el contacto sexual entre adolescentes de similar edad, sin concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, puede no afectar ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales. Existe un consenso generalizado en la comunidad científica sobre el perfil de los niños y adolescentes que incurrir en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y su clara diferencia con el de los adultos que realizan los mismos hechos, por lo que la respuesta de la sociedad, en particular la respuesta legal, debe ser especialmente depurada y afinada para tratarlos de forma adecuada. En el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual cometidos por menores contra menores la riqueza de casos que la realidad puede generar, cada uno con matices diferentes, da lugar a una pluralidad de supuestos no susceptibles de reconducirse a través de respuestas predeterminadas o cerradas. En todo caso, nunca deben perderse de vista las peculiaridades del Sistema de Justicia Juvenil en atención a sus destinatarios, puesto que son personas que no han culminado su proceso de maduración y que, por consiguiente, deben ser objeto de un tratamiento singularizado, distinto al dispensado a los adultos, ponderando sus necesidades específicas.

tipo vigente puede serlo cualquier menor de edad o un incapaz mientras que en el tipo proyectado sólo pueden serlo los menores de trece años. De nuevo, en tanto nada se explica en la Exposición de Motivos, no se atisba cuál es el fundamento de la reforma. Cabe preguntarse si para el Prelegislador no debe tener relevancia penal hacer presenciar a un menor de catorce años un abuso sexual. Más bien parece que no se ha percatado del profundo cambio que introduce en el sujeto pasivo del delito. En todo caso, si se decide mantener el texto proyectado, debiera procederse a la derogación del tipo vigente del art. 185 CP, que se solapa con el nuevo tipo. Parece que el Prelegislador no es consciente de la preexistencia de este tipo ni de la preexistencia del tipo del art 186 CP que castiga al que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces. Como vemos, en los vigentes tipos de exhibicionismo y provocación sexual, la Ley Penal protege la indemnidad sexual de los menores de menos de dieciocho años. Entendemos que no hay motivo ni justificación para rebajar esa barrera protectora a los trece años. Pero si se rebaja, también habría de hacerse en el tipo de difusión de material pornográfico, que obviamente es de menor gravedad que la exhibición de actos sexuales”.

En el Anteproyecto de 2013 se dispone que “el que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de quince años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”

Este tipo del Anteproyecto parece ignorar la existencia de los tipos contenidos en los arts. 185 y 186, con los que no es coherente.

En el Proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2013 nuevamente se modifica el texto, dispone ahora el art. 183 bis lo siguiente:

“El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”

Puede valorarse positivamente el hecho de que el tipo proyectado zanja dos cuestiones: 1) la de la edad del sujeto pasivo, quedando fuera del tipo los menores de 16 y 17 años y dentro del tipo los menores por debajo de los 16 años concurra o no consentimiento. 2) la naturaleza de los actos de exhibición: deben ser actos de carácter sexual, concepto mucho más preciso que los actos de exhibición obscena previstos en el actual art. 186. 3) la clarificación del tipo subjetivo: fines sexuales.

Pero dicho esto, es criticable que se equipare la punición de la conducta de exhibicionismo a la determinación a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual. Esto plantea graves problemas concursales, pues si se determina a un menor de dieciséis años a tener contacto sexual con un mayor de edad sería en principio aplicable una cooperación necesaria en un abuso sexual penada de forma mucho más grave.

Por otro lado, el Proyecto deja intacto el art 185, que, recordemos, castiga al que *ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*. De aprobarse el proyecto, el resultado sería caótico, pues se solaparían dos tipos con una zona de intersección común.

#### **4.4 Difusión de pornografía entre menores**

Por cuestiones de coherencia debiera retocarse este tipo para armonizarlo con el nuevo cuadro de edades.

El Proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2013 deja intacto el texto del art 186, por lo que se sigue penando la difusión de pornografía entre menores de dieciocho años.

#### **4.5 Corrupción de menores**

En el Proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2013 desaparece el apartado cuarto del vigente art. 189 CP, esto es, el tipo de corrupción de menores.

En el informe del Consejo Fiscal de 2013 se alude a que la enorme trascendencia de este cambio unido al silencio total que sobre el mismo se guarda en la Exposición de Motivos “nos hace temer que se trate de una consecuencia no prevista ni deseada y derivada de la reestructuración del art. 189”.

Tras la nueva versión de Anteproyecto y del Proyecto de 2013, la desaparición del delito de corrupción de menores adquiere otra significación completamente distinta.

En efecto, además de la punición generalizada de los actos sexuales con menores de dieciséis años, el nuevo art. 182.1 castiga expresamente, los actos sexuales con personas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Este incremento en intensidad de la protección penal de la indemnidad sexual de los menores supone que ya pierde en parte su sentido mantener el tipo de corrupción cuya función, según el Legislador de 1999 era la de ser *una cláusula de cierre del sistema de protección del menor que permite la represión de conductas no reconducibles a las infracciones más gravemente penadas de agresión o abuso sexual*.

Quedarían, con el nuevo sistema únicamente sin sanción penal los actos corruptores cometidos sobre personas de 16 y 17 años cuando no concurriera ni prevalimiento ni engaño.

#### **4.6 Pornografía infantil**

##### **4.6.1 Introducción**

La Directiva 2011/92/UE sustituye al anterior documento de la Unión sobre la materia, la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Si el instrumento de 2004 podía considerarse como muy severo, y que dejaba pocos resquicios a la impunidad en materia de pornografía infantil, el texto de 2011 es aún más omnicomprensivo y riguroso.

El Proyecto de 2013 dispone en su Exposición de Motivos que

En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas discapacitadas. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por

medio de las tecnologías de la información y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía. Por esta misma razón, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.

Desde luego, las explicaciones de la Exposición de Motivos son, de nuevo, notoriamente deficientes, pues ni explica las novedades, ni es riguroso al presentar como novedades cuestiones que no son tales.

#### **4.6.2 Difusión de material pornográfico**

El tipo de difusión de material pornográfico, descrito en la letra b) del art 189 sufre puntuales retoques: el texto vigente se refiere a *material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces* y en el proyectado se habla de *pornografía infantil*. Tal novedad está justificada pues, como se examinará *infra*, el nuevo concepto de material pornográfico infantil permite aplicarlo a materiales en cuya elaboración no se utilicen menores reales.

#### **4.6.3 El nuevo concepto de material pornográfico infantil**

La elaboración, difusión o posesión de material conteniendo imágenes realistas de niños inexistentes en conductas sexualmente explícitas, lo que se ha denominado pornografía infantil virtual, no tiene trascendencia penal en el Código Penal vigente.

El Convenio de Budapest incluía en el concepto de pornografía infantil (vid. art. 9) las imágenes realistas de niños inexistentes en conductas sexualmente explícitas (pornografía infantil virtual) si bien permite a los Estados parte exceptuarlas. Igualmente EUROPOL (*Annex I Child Pornography Legislation within the European Union Europol 2005*) propuso la tipificación de la pornografía generada por ordenador.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva de 2011 debe tipificarse la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual, que abarcarían no solo imágenes relativas a conductas sexualmente explícitas sin también imágenes realistas de órganos sexuales con fines principalmente sexuales.

En realidad, el mantenimiento de la atipicidad de las conductas relativas a pornografía técnica y virtual tras la reforma 5/2010 suponía objetivamente un incumplimiento de la Decisión Marco 2004/68 que ya imponía su tipificación.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 puso de relieve que el concepto de pornografía infantil que se asumía en el Anteproyecto, aunque ampliaba su radio, incluyendo las imágenes pornográficas generadas por ordenador, no incorporaba en su integridad la definición de la Directiva, y concretamente no incluía lo que se ha dado en llamar pornografía técnica: *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*.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 advertía del valor normativo de la Directiva 2011/92/UE, que conforme a su art 27.1 *los Estados miembros pondrán en*

vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de diciembre de 2013. El único país de la Unión al que no es aplicable la Directiva es Dinamarca<sup>200</sup>.

Con la nueva definición del concepto de pornografía infantil se da cumplimiento a este mandato.

El texto proyectado incorpora la pornografía con utilización de menores, la pornografía virtual y la técnica, al considerar como material típico:

- a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b. Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c. Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- d. Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Cabe justificar la tipificación en que estas conductas relativas a la pornografía infantil virtual en que banalizan y pueden contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto. Por otro lado, también se ha alegado una razón práctica: muy pronto –ya es difícil– será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador. Las derivaciones del *onus probandi* han sido fundamentales en algunos países a efectos de optar por criminalizar estas conductas.

La consecuencia más importante de la existencia de tipos que castigan la pornografía infantil aunque sea virtual es la mayor facilidad para sostener la acusación, al no ser imprescindible para la relevancia penal de la conducta acreditar que el menor es real.

Algunos autores se han mostrado en desacuerdo con la punición de las conductas relacionadas con pornografía técnica y virtual, pese a que el Derecho de la Unión nos obliga a ello<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Continuaba el informe considerando que se ignora porqué no se asume en la integridad la definición de la Directiva. Debiera hacerse así, de conformidad con las exigencias de la misma y sin perjuicio de introducir simultáneamente la excusa absolutoria prevista en el art 5.7 de la Directiva a fin de preservar el principio de intervención mínima: *Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el presente artículo será aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil a que se refiere el artículo 2, letra c), inciso iii), cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.*

<sup>201</sup> Para CUGAT MAURI “en otro orden de consideraciones, en lo que atañe a los aspectos no reformados de la regulación de los delitos relativos a la pornografía infantil, debe aplaudirse que no se haya seguido la Decisión Marco 2004/68/JAI en punto a la incriminación de la pornografía de carácter simulado o virtual puro, no incluida en el ap. 7 del art. 189 CP, pero, sin embargo, abarcada por la definición legal del art. 1 de la referida Decisión Marco (que incluye la de adultos con apariencia de niño, e imágenes realistas de un niño inexistente). La incriminación de estas modalidades se ha defendido por algunos por su posible efecto “provocador” de ulteriores delitos sexuales...Sin embargo, su inclusión, aunque prevista en la Decisión Marco y aconsejada por el Informe del Consejo Fiscal acerca del Anteproyecto de Ley de 14 de noviembre de 2008, hubiera sido discutible por lo que supone de adelantamiento de las barreras de

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 contenía otras consideraciones sobre la definición de material pornográfico que no han sido asumidas por el Prelegislador y que merecen ser reproducidas:

Debe también destacarse que con la nueva definición del Anteproyecto quedaría fuera del concepto de material pornográfico infantil el material de audio, que hasta ahora –no sin debate- se consideraba incluido. Las grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas utilizando a menores podían considerarse también material pornográfico, pues el tipo vigente de pseudo pornografía infantil (art. 189.7 CP) expresamente incluye el material pornográfico en el que se hubiera utilizado la voz (audio) o la imagen del menor, por lo que parece que el legislador trata de abarcar estas dos modalidades pornográficas. Refuerza tal interpretación el inciso del nº 1 del art. 189 cuando se refiere a *elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte*. Con la nueva definición, en tanto se refiere a representación visual parece pues que habría de excluirse el material exclusivamente de audio.

No podrán incluirse (tampoco puede entenderse abarcado por la Directiva de 2011) el material escrito. No faltan ejemplos de punición de esta modalidad de material pornográfico infantil en Derecho comparado, y así en la sentencia *Dodge v R* (2002) A Crim R 435, en Australia Occidental un interno que estaba cumpliendo una larga sentencia por delitos sexuales contra menores fue condenado por escribir 17 historias de sexo explícito sobre hombres realizando actos sexuales con niños de menos de 10 años, historias que luego proporcionó a otro interno.

Ni en el texto vigente ni en el proyectado se ha tipificado con la claridad exigible la publicidad de pornografía infantil, pese a que tal tipificación viene siendo reclamada desde diversas instancias. La reforma debiera abordar este punto. Ya el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal fechado en 4 de febrero de 2009 consideró que *esta conducta, que en definitiva sancionaría los anuncios de pornografía infantil, que en la realidad criminológica aparecen insertos en materiales pornográficos generalistas, facilitando así el acceso y la comercialización de la pornografía infantil, no está recogida con la necesaria claridad y singularidad en la redacción actual del precepto en nuestro país. Tal tipificación específica entendemos es importante desde el punto de vista preventivo general, por lo que se propone su incorporación....*

El art. 8 de la Convención del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, de 25 de octubre de 2007 (también denominado Convenio de Lanzarote) establece en su apartado segundo que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que hagan publicidad de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. En el mismo sentido cabe citar el 9.5 del Protocolo de Naciones Unidas. En este mismo sentido, la Ley Modelo elaborada por el *International Centre for Missing & Exploited Children* proponía castigar los anuncios de pornografía infantil.

#### **4.6.4 Los subtipos agravados**

El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2012 declaraba que

Debe recordarse que con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010 los subtipos agravados tenían asignada una penalidad de cuatro a ocho años. Tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio se produjo un fuerte incremento punitivo, pasando a ser la pena asignada la de prisión de cinco a nueve años. El Legislador no ha tenido en cuenta los escrúpulos que pueden detectarse en el TS desde la perspectiva de la proporcionalidad, que le han llevado a una aplicación restrictiva de los subtipos para determinadas conductas que no suponen utilización de concretos menores sino de difusión de material.

---

la punibilidad y afectación al principio de ultima ratio. De modo que, acertadamente, se mantiene su atipicidad”. CUGAT MAURI, Miriam “Los abusos sexuales: reordenación y reformulación de las modalidades típicas” EN VVAA “Comentarios a la reforma penal de 2010” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010

Pues bien, en el apartado segundo del texto proyectado se describen los subtipos agravados, manteniéndose la penalidad asignada (prisión de cinco a nueve años).

Se mantiene –en principio- la aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). Debe aquí recordarse que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son sólo aplicables a la utilización de menores.

Parece claro que los subtipos deben aplicarse a las conductas que implican directa utilización de menores (art. 189.1 a) y que no deben aplicarse a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.2). La duda surge en relación con las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Un sector doctrinal excluye la aplicación de algunos subtipos agravados a las conductas de difusión del art. 189.1 b). La STS nº 340/2010, de 16 de abril intenta establecer una doctrina general, que no obstante ha sido con posterioridad matizada. Para esta resolución, “cuando el legislador ha querido referir el elemento que justifica la agravación al resultado plasmado en el material pornográfico lo ha dicho de manera inequívoca. Así en el apartado 3 d) del citado artículo 189 (que éste represente especial violencia física o sexual). O en el apartado c) del mismo artículo 189 3 (valor económico del material)”.

Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado.

Como novedades en los subtipos cabe destacar la inclusión de uno de nuevo cuño en la letra d: *cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

Este nuevo subtipo, que parece claro sólo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b), deriva directamente de la Directiva de 2011 que prevé la inclusión como tal en su art 9 f) *que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente.*

Las mismas observaciones pueden ser de aplicación al Proyecto de 2013, al no haberse incorporado modificaciones.

En el Código vigente y en el Anteproyecto de 2012 se recogía el siguiente subtipo agravado: *cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*

En el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se dijo lo siguiente:

Entendemos que tal subtipo, inaplicado en la práctica, debiera ser suprimido o modificado radicalmente. Veamos porqué.

El subtipo parece estar inspirado en las voces que denuncian el enorme volumen económico generado por la pornografía infantil. No obstante, y sin perjuicio de confirmar que sigue existiendo un gran negocio alrededor de esta actividad criminal, tal como ha evolucionado en Internet, del negocio lucrativo y de las organizaciones delictivas se ha pasado mayoritariamente al trueque y a la actividad individualizada de pedófilos.

La indeterminación del subtipo ha generado duras críticas. Quizás el problema mas grave que presenta este subtipo es la dificultad de valorar económicamente el material pornográfico. Es difícil asignarle un valor, teniendo en cuenta además que en la actualidad –como apuntábamos *supra*- el volumen más importante de material que circula en Internet deriva de intercambios gratuitos entre pedófilos.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, de 29 de noviembre, *sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil* tras descartar el concurso de delitos incluso en su modalidad ideal cuando se interviene material en el que aparecen plurales menores, sugiere la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor económico como vía adecuada para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad, si bien lo hace –como no podía ser de otra manera, vistas las dificultades aplicativas- de una manera muy matizada.

No abundan las resoluciones que apliquen este subtipo. Un supuesto aislado lo encontramos en la SAP Barcelona, sec. 2ª, nº 343/2009, de 19 de mayo, que lo aplica en un caso de distribución (189.1 b) en el que el material se integraba por multitud de ficheros... (en cantidad superior al millar), incluyendo archivos de vídeo. Sin embargo, la SAP Madrid, sec. 7ª, nº 51/2009, de 5 de mayo analiza un supuesto en el que el acusado tenía archivados numerosos videos y más de 6.000 fotografías. Ni siquiera se llegó a acusar por el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor económico. Mas llamativa incluso es la SAP Barcelona, sec. 3ª, nº 26/2010, de 8 de enero, que analiza un supuesto en el que al condenado se le intervinieron mas de 15.000 archivos de pornografía infantil. Pese a ello se considera que “tampoco es posible aplicar el subtipo agravado previsto en el art. 189.3.c) del Código Penal...toda vez que no se ha practicado prueba alguna durante el acto del juicio encaminada a determinar el valor económico del material pornográfico intervenido y, en ausencia de dicha información, difícilmente podemos valorar la gravedad de los hechos”. La SAP Pontevedra, sec. 4ª, nº 41/2009, de 13 de octubre es paradigmática en cuanto a reticencias a aplicar este subtipo. Considera que “en lo que concierne a la agravación del artículo 189.3 .c)... se estima, de acuerdo con un sector doctrinal, que se desconecta del bien jurídico protegido pues hace una referencia a la gravedad en relación con el valor económico del material pornográfico, del que desde luego nada consta y por tanto se estima que no es aplicable”. Sigue la tendencia restrictiva la STS nº 107/2010, de 16 de febrero, que desestima la casación interpuesta por el Fiscal para que se apreciara este subtipo porque “no consta en el "factum" ni siquiera por aproximación cual pudiera ser el valor económico de dicho material, ni que el acusado pudiera beneficiarse de algún modo en su conducta de compartir el mismo con otros desconocidos internautas”. También en esta dirección cabe citar la STS nº 588/2010, de 22 de junio. En la STS nº 130/2010, de 17 de febrero, en la que el condenado por difusión tenía 32.000 archivos de carácter pedófilo, ni siquiera se planteó si podía concurrir especial gravedad atendiendo al valor económico.

Para la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006 “...en última instancia, podrá traducirse la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de plurales menores por medio de las reglas de dosimetría penal, utilizando las posibilidades que ofrece la regla 6ª del art. 66 CP, conforme a la que cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”. Sigue esta vía la STS nº 873/2009, de 23 de julio, que aunque no aplica el subtipo agravado, tiene en cuenta para la individualización judicial de la pena el elevado número de archivos pornográficos que se le intervinieron al acusado (más de tres mil).

Especialmente interesante es la STS nº 674/2010, de 5 de julio, que introduce unos criterios interpretativos claros y concretos para poder aplicar el subtipo, con el fin de excluir una interpretación puramente objetiva. En efecto, esta resolución exige: a) la determinación pericial del valor económico de los archivos; b) que ese importe tenga una relevancia económica trascendente, sin que la determinación de la cuantía de referencia pueda hacerse, como propugna algún sector doctrinal, mediante la rígida aplicación de las pautas jurisprudenciales fijadas en relación con delitos de naturaleza patrimonial o contra la salud pública; c) la constancia de un propósito lucrativo por parte del imputado, que ha de obtener, o estar en disposición de obtener, un provecho económico derivado de su cesión o intercambio; d) la descripción en el "factum" de esa dimensión económica añadida, sin que su concurrencia pueda identificarse con la preferencia tecnológica en la descarga que el software otorga a quienes ya han compartido con otros internautas un elevado número de archivos”.

Vemos por tanto, que en este importante pronunciamiento jurisprudencial se exige, entre otros requisitos, con toda lógica, superando la literalidad del subtipo y adentrándose en su dimensión teleológica, un propósito lucrativo. No es, sin embargo arriesgado pronosticar que la consolidación de los razonables criterios introducidos por la STS nº 674/2010 va a desembocar en la total inaplicación de este subtipo. No conocemos hasta la fecha ni un solo supuesto en el que se haya emitido un dictamen pericial fundamentado sobre el valor económico del material pornográfico intervenido en una causa.

Por ello, como adelantábamos *supra*, creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material). Ésta es, por lo demás, la línea que sigue la Ley Modelo elaborada por el *International Centre for Missing & Exploited Children*. Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *collecting behaviour*, acumulando gran cantidad de material.

Pues bien, el Proyecto de 2013 asume parcialmente las sugerencias del Consejo Fiscal y sustituye el subtipo agravado del delito de pornografía infantil de especial valor económico por el siguiente: *Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia*.

Aún cuando la modificación es pertinente, debiera, como sugirió el informe del Consejo Fiscal, introducirse alguna pauta restrictiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *collecting behaviour*, acumulando gran cantidad de material. Sólo debiera activarse la importante agravación penológica (recordemos, en estos casos la pena imponible oscilaría entre los cinco y los nueve años) cuando los hechos revistan una especial gravedad

En todo caso, para aplicar el subtipo deberá acreditarse que con ese material pornográfico de notoria importancia se han llevado a cabo actos de difusión. Por contra, no parece debiera ser aplicable ni a los simples poseedores ni a quienes son condenados por difusión por haberse acreditado el intercambio de material aislado, aunque hayan acumulado material de notoria importancia.

En el Proyecto de 2013 el Prelegislador expresamente incorpora como subtipo agravado en la letra h) *cuando concurra la agravante de reincidencia*. Parece que el Prelegislador parte de que para trasponer la Directiva es necesario incluir un subtipo agravado de reincidencia. Entendemos que esta interpretación es errónea. Lo único que exige la Directiva es que se agrave la responsabilidad en el supuesto de que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza. Esto se cumple con la previsión de la agravante genérica de reincidencia. Elevar la reincidencia a subtipo agravado, es, no solo innecesario, sino contrario al principio de proporcionalidad.

Se modifica igualmente en el Proyecto el subtipo agravado por razón de la edad de la víctima. En la redacción en vigor se intensifica la pena *cuando se utilicen a niños menores de 13 años*. En el Proyecto se modifica el subtipo: *cuando se utilice a menores de dieciséis años*. El fundamento que subyace es el de que trata de homogeneizarse el límite de edad del subtipo con la nueva edad de consentimiento sexual. En nuestra opinión tal fundamento parece insuficiente, en un delito que precisamente protege a todos los menores, entendiendo por tales todas las personas que no han alcanzado los dieciocho años.

#### **4.6.5 Subtipo hiperagravado**

El Proyecto incorpora un apartado tercero al art. 189 en el que se dispone que si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado 1 (utilización de menores con fines

pornográficos) se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

El subtipo hiperagravado puede, pues operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años) y sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años). En este último caso la pena pues pivotaría entre los nueve y los trece años y seis meses.

El subtipo hiperagravado plantea problemas concursales. Hasta ahora se venía entendiendo que los actos sexuales perpetrados para elaborar el material pornográfico debían castigarse autónomamente, en régimen de concurso de delitos con el tipo de utilización de menores para fines pornográficos. Ahora parece que esto no será posible, en los supuestos de violencia o intimidación, pues podría incurrirse en un *bis in idem*.

La Directiva de 2011 prevé en relación con estas conductas agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3). No obstante, en nuestra opinión no es necesario introducir un subtipo agravado pues en estos supuestos, además del tipo del art 189 CP entraría en régimen de concurso el correspondiente tipo de agresión o abuso sexual, colmándose con ello los requerimientos de la Directiva.

#### **4.6.6 Asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos**

El informe del Consejo Fiscal consideraba que

En el apartado cuarto del texto proyectado se castiga con la pena de seis meses a dos años de prisión al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces.

No puede sino enjuiciarse positivamente tal inclusión. El art. 2 e) de la Directiva define el espectáculo pornográfico como la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. El art. 4 de la Directiva describe las conductas relativas a espectáculos pornográficos. En su apartado cuarto exige que se tipifique asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores. Establece la Directiva que se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad.

Conforme al Preámbulo de la Directiva 2011/92/UE en el contexto de la tipificación como infracciones penales de los actos relativos a los espectáculos pornográficos, la presente Directiva considera como tales aquellos consistentes en la exhibición en directo organizada y dirigida a un público, con lo que quedan excluidos de la definición la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas.

La letra a) del apartado primero del art. 189 CP vigente castiga al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. De lege data, en nuestra opinión la redacción actual del CP no permite castigar las conductas de mera asistencia, atipicidad sin duda incoherente con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.

Por tanto, la tipificación de esta conducta en el Anteproyecto supone el cumplimiento de lo preceptuado por la Directiva de 2011.

El Proyecto de 2013 mantiene el castigo a quien asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 189.4), asignándole la pena de seis

meses a dos años de prisión. Entendemos correcto que se asigne mayor pena que al mero consumo de pornografía infantil, pues el espectador realiza una conducta más reprochable.

#### **4.6.7 Acceso a la pornografía infantil**

El Proyecto de 2013 castiga en el art 189.5 con la misma pena de la posesión *a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado incapaces, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

Para el informe del Consejo Fiscal

Con el vigente tipo de posesión de material pornográfico infantil no cabe incriminar conductas de simple visionado de la pornografía. Esta es la línea mayoritariamente seguida por la doctrina alemana. La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando en Internet, implicará la correspondiente descarga del material. La STS nº 373/2011, de 13 de mayo también excluye la tipicidad en supuestos de detentación fugaz: “procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que -por otro lado- al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS nº 105/2009, de 30 de enero, sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado... pues ha de distinguirse entre visionar y poseer”. En este mismo sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª nº 342/2011, de 15 de julio distingue entre visionar y poseer, exigiendo para considerar típicos los hechos una mínima detentación temporal

Algún sector doctrinal ha considerado que tipificar el mero visionado puede generar problemas probatorios e inseguridad jurídica. No obstante, es incongruente, si se consolida la tendencia a consumir mediante el visualizado on line, castigar la posesión mediante descarga y no castigar esta conducta de visionado.

Esta es la línea seguida por el art 20.1. f) del Convenio de Lanzarote, que dispone que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita...f) el acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Si tenemos en cuenta que la letra e) del mismo precepto exige la tipificación de la posesión, es claro que el Convenio aboga por la tipificación del mero acceso. No obstante, el apartado 4º de este mismo precepto permite reservarse el derecho de no aplicar esta disposición.

También la Declaración del III Congreso Mundial de Río, en su punto II.-4 aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil: criminalize the intentional production, distribution, receipt and possession of child pornography, including virtual images and the sexually exploitative representation of children, as well as the intentional consumption, access and viewing of such materials where there has been no physical contact with a child.

La Directiva de 2011 sigue esta senda de net expanding, al disponer en su art. 5 apartado tercero que el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. El Preámbulo de la Directiva declara que debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago.

Desde el punto de vista penológico, la Directiva asimila el acceso a la posesión.

Parece, pues, claro, que esta novedad del Anteproyecto está plenamente justificada a fin de cumplir con los parámetros de la Directiva. Aunque es evidente que existirán dificultades para su aplicación práctica, que en todo caso habrá de ser respetuosa con un Derecho Penal basado en el principio de culpabilidad, los

efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del acceso pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al CP, exigida además por los compromisos asumidos por España derivados del Convenio de Lanzarote y de la Directiva de 2011. No parece adecuado, sin embargo, que estos comportamientos se castiguen con la misma pena.

#### **4.6.8 Excusa absolutoria en relación con la pornografía infantil virtual**

En el apartado sexto se incluye la que podría considerarse una excusa absolutoria: *la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, (material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor) siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo (material que represente a menores).*

La Directiva permite en determinados supuestos no castigar conductas relativas a la pornografía virtual. El apartado ocho del art. 5.8 de la Directiva dispone que “quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material”.

El apartado siete del proyectado art. 189, a fin de evitar excesos punitivos, se acoge a la posibilidad brindada por el apartado ocho del art. 5.8 de la Directiva. Creemos que la solución del Anteproyecto es la adecuada, por respetuosa con el principio de intervención mínima.

No obstante, parece claro que también debiera extenderse la excusa absolutoria a supuestos en los que la producción o posesión recae sobre pornografía virtual (imágenes relistas) y lo sea únicamente para uso privado. De hecho, el Anteproyecto en su versión de 2012 expresamente preveía la aplicación de la excusa absolutoria a estos supuestos. La exclusión en el Proyecto parece un simple error u olvido involuntario de sus redactores, pues ninguna explicación tiene que en tan corto espacio de tiempo se haya cambiado de opinión.

Además, quizás debiera ampliarse el radio de la excusa absolutoria a otros supuestos que se dan en la realidad y cuya punición a través del tipo de pornografía infantil genera perplejidad: nos referimos a quien en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión. Piénsese en una relación entre un adulto y una menor de 17 años sin ningún tipo de engaño o abuso, en condiciones tales en que la intranscendencia penal no dejara dudas. Si en el curso de la relación se lleva a cabo una grabación en las condiciones antedichas, formalmente se cometería el delito del art 189.1 a), aunque parece claro, materialmente no concurriría el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta.

#### **4.6.9 Supresión del tipo de pseudopornografía infantil**

El informe del Consejo Fiscal lo estimó correcto, en valoración que compartimos.

Para dicho informe

El apartado séptimo del art. 189 vigente castiga al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Este singular material pornográfico afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento —ni siquiera indirecto— con matiz sexual sobre el menor. Es la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada *morphing*), en la que no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos.

La pseudo pornografía ha sido clasificada en tres tipos: 1) imágenes de cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en bañador al que se le quita dicha prenda con programas de ordenador 2) imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño sobreimpuesta a un pene de un adulto 3) montajes de fotos, alguna de las cuales representa a un menor y otras tienen contenido sexual.

Este tipo de nuevo cuño fue introducido por la reforma operada por LO 15/2003. Entendemos que su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente.

#### **4.6.10 Child grooming**

Se añade un artículo 183 ter, que en realidad es el vigente art 183 bis. La reforma amplía la franja de edades protegida, pues tanto en el Código Penal vigente como en el Anteproyecto de 2012 el sujeto pasivo tenía que ser menor de trece años, mientras que en el Anteproyecto de 2013 quedan protegidos los menores de quince años.

En el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se decía que

“Este es el tipo doctrinalmente conocido como *child grooming*, que en el Anteproyecto se mantiene intacto. Pues bien, el tipo, publicitado a bombo y platillo en la reforma operada por LO 5/2010 ha tenido hasta la fecha una nula aplicación, como por lo demás se pronosticó. La doctrina unánimemente denunció las deficiencias del tipo y su práctica inaplicabilidad. Debiera aprovecharse la reforma para introducir modificaciones...En efecto, la aplicación práctica de este precepto es difícil por las propias restricciones internas que incorpora: exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento; la referencia a un encuentro sin especificar a qué tipo de encuentro se refiere, y las dificultades probatorias derivadas de la estructura del tipo subjetivo...”

Estas críticas deben ahora reiterarse, pues salvo en lo relativo a las franjas de edades, la estructura del tipo queda incólume.

En el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se mantenía que

“Además, y teniendo en cuenta que es frecuente que no sólo la víctima, sino también el victimario sean menores de edad, sería aconsejable que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre uno y otro, pues la antijuridicidad queda difuminada cuanto víctima y victimario son prácticamente de la misma edad (ejp: cuando quien pide las imágenes tiene catorce años y quien es solicitada tiene cerca de los trece). En este sentido debe repararse en que la Directiva impulsa la tipificación de esta conducta cuando es cometido por *un adulto*”.

Esta sugerencia ha sido atendida por la inclusión en el Anteproyecto de 2013 del nuevo art 184 quáter, que, reiterando lo expuesto supra, merece un juicio positivo.

#### **4.7 Explotación de la prostitución consentida**

En el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se hacían las siguientes consideraciones:

“creemos que pese a que no se modifica, debe hacerse una llamada de atención sobre el inciso segundo del art. 187, que castiga al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma...Este tipo procede de la reforma introducida por LO 11/2003 de 29 septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Creemos que debemos reproducir en este punto lo que ya se expuso en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal fechado en 4 de febrero de 2009 en el sentido de que esta fue “una modificación de enorme calado que ha dado lugar a un enconado debate doctrinal. En efecto, dicha reforma castigó con la misma pena al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Este precepto ha dejado a buena parte de la doctrina en una situación de perplejidad, pues parece referir el bien jurídico a una supuesta moral sexual colectiva, discutiéndose si se ha recuperado el tipo del proxenetismo o si para que la conducta sea típica es necesario que concorra una explotación entendida como explotación laboral de la prostituta...Quizás debiera aprovecharse la reforma en curso para de alguna manera zanjar -en un sentido o en otro- el debate doctrinal. En el caso de optar por mantener el tipo de lucrarse de la prostitución ajena como tipo autónomo, ajustándose a lo dispuesto en el art. 1 del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 21 de marzo de 1950 debiera en todo caso asignarse una pena inferior que la prevista para el tipo de prostitución con violencia, intimidación o abuso, pues el desvalor de una y otra conducta no son equiparables”.

El Anteproyecto de 2013 aborda esta cuestión que planteó el Consejo Fiscal, y lo hace introduciendo el siguiente texto:

*La misma pena se impondrá a quien se lucre de la prostitución ejercida por una persona, aun con el consentimiento de la misma, cuando:*

- a) se encuentre en una situación de dependencia personal y económica que no le deje otra alternativa, real o aceptable, que el ejercicio de la prostitución, o,*
- b) se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.*

Debe en primer lugar aplaudirse la decisión de abordar este punto negro de la Legislación penal. En segundo lugar entendemos que la filosofía que inspira la norma es adecuada: no parece que deba resultar punible todo negocio lucrativo sobre la prostitución sino sólo cuando concurren circunstancias que lo hagan especialmente reprobable. No obstante entendemos que la redacción es profundamente confusa, dando la impresión de que no se tiene muy claro qué sancionar. De nuevo sigue siendo desproporcionada la equiparación punitiva a la determinación coactiva.

#### **4.8 Embaucamiento**

El Proyecto de 2013 introduce un tipo penal de nueva factura en el apartado segundo del art 183 ter: *el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor.*

La tipificación de esta conducta deriva del art. 6.2 de la Directiva de 2011, que dispone que *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 artículo 5, apartados 2 y 3, 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.*

Ciertamente la realidad criminológica muestra que este tipo de comportamientos se producen con cierta frecuencia.

Pero debe también repararse en que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le remite tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a), castigado con mayor pena (de uno a cinco años de prisión) y aplicable no sólo a menores de quince años sino a cualquier menor de 18.

De hecho, la reforma 5/2010 incorporó un nuevo verbo típico al art 189.1 a, consistente en “captar”.

Por ello, entendemos que no es necesario introducir un nuevo tipo en el Código Penal para cumplir con las exigencias del art. 6.2 de la Directiva de 2011. Con el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas.

En todo caso, si se mantiene la tesis de la necesidad de una tipificación expresa, entendemos que el propio tipo de nuevo cuño debiera restringir su aplicación a la tentativa, partiendo de que la efectiva producción de material pornográfico infantil integraría el tipo del art. 189.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO-MAJAGRANZAS CENAMOR, Patricia “El delito de corrupción de menores. los delitos de exhibicionismo y provocación sexual” Centro de Estudios Jurídicos, 2006

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio “El acoso sexual en el trabajo” Editorial Tirant lo Blanch, 2002

BEGUÉ LEZAUN, Juan José “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual” Revista del Ministerio Fiscal N°. 13, 2005 , pags. 67-187

BERGELT Kelley “Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?”, Capital University Law Review 2003  
culsnet.law.capital.edu/LawReview/BackIssues/31-3/Bergelt6.pdf

BOIX REIG, J. y ORTS BERENQUER, E.”Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley Orgánica 11/1999” en Actualidad Penal, Madrid, 1999

BUENO ARÚS, Francisco “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. justificación político-criminal de la reforma española de 1999” Estudios de Derecho Judicial 21/1999

CABRERA MARTÍN, Myriam “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal” Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003

CANCIO MELIÁ, Manuel “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” La Ley Penal, N° 80, Sección Estudios, Marzo 2011

CANCIO MELIÁ, Manuel “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual” La Ley Penal, N° 80, Sección Estudios, Marzo 2011

CARR, John “Child abuse, child pornography and the internet” [www.make-it-safe.net/.../Child\\_pornography\\_internet\\_Carr2004.pdf](http://www.make-it-safe.net/.../Child_pornography_internet_Carr2004.pdf) Child abuse, child pornography and the internet [www.make-it-safe.net/.../Child\\_pornography\\_internet\\_Carr2004.pdf](http://www.make-it-safe.net/.../Child_pornography_internet_Carr2004.pdf)

CARUSO FONTÁN “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006

CARUSO FONTÁN, Viviana “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”

CARUSO FONTÁN, Viviana “Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual”

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN “Derecho Penal Parte General” Universidad de Valencia 1984

COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, Miguel “Examen de los delitos relativos a la prostitucion de menores de los arts. 187 y 188.3 CP”.

CUELLO CALÓN “Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo VII. Septiembre diciembre 1954

CUERDA ARNAU, María Luisa “Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores” Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1997

CUGAT MAURI, "La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188), en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona 2010

CUGAT MAURI, Miriam “Los abusos sexuales: reordenación y reformulación de las modalidades típicas” EN VVAA “Comentarios a la reforma penal de 2010” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010

CUGAT MAURI, Miriam “Situación y panorama de los delitos sexuales” La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 35, 2007

CURRY, Ann “Child Pornography Legislation in Canada: Its History and Current Developments” [www.ualberta.ca/~macurry/pdf](http://www.ualberta.ca/~macurry/pdf)

DE LÉON VILLALBA “Tráfico de personas e inmigración ilegal” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003

DE VEGA RUIZ, Jose Augusto “Los delitos contra la libertad sexual en la ley organica 3/1989 de 21 de junio” Diario La Ley, 1990 tomo 2, Editorial LA LEY

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo “Los delitos contra la libertad sexual” en Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995, Valencia, 1997

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “Comentarios al código penal. parte especial” Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Estudios de Derecho Judicial 21/1999 pag.232

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael La reforma de la l.o. 15/03 en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, CEJ

FORDE, Patrick and PATTERSON, Andrew “Paedophile Internet Activity” “Trends & issues in crime and criminal justice” No. 97 Australian Government Australian Institute of Criminology

GALVÁN, R.: «Comentario a la sentencia 1/2002 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla\_León: Acoso sexual: caso Nevenka», en *Revista de Derecho Social*, 2002,

GARCÍA ALBERO, Ramón "El nuevo delito de corrupción de menores" *Estudios de Derecho Judicial* 21/1999

GIL RUBIO, Jaime "Pedofilia virtual" *Diario La Ley*, Nº 6961, Sección Tribuna, 5 Jun. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY

GIMBERNAT ORDEIG, "La primera reforma del nuevo Código penal", en *El Mundo*, de 15 de enero de 1997

GÓMEZ RIVERO, C.: «El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, 2001

GÓMEZ TOMILLO, "Comentario previo al Título VIII", en *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010

GÓMEZ TOMILLO, Manuel "Derecho Penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194, 2005

GÓMEZ TOMILLO, Manuel "El delito de lucrarse explotando la prostitución ajena" *Diario La Ley* nº 6669

GONZÁLEZ RUS, Bien jurídico, 1983, 41; ADPCP, 1982, 718.

GORI, Marina y PERIS, Isabelle "Explotación sexual comercial infantil: contextualización y marco normativo en España" *VVAA "Los derechos de la infancia y de la adolescencia"* Ariel, 2006

GROIZARD, A., Y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893

HEALY, Margaret A "Computer Crime Research Center Child pornography: an international perspective" August 02, 2004 Source: United States Embassy Stockholm

JESCHECK, "La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados", ADPCP, 1972 Jimenez de Asúa y Antón Oneca *Derecho Penal* Tomo II pag. 223

LAFONT NICUESA, Luis "El delito de acoso moral en el trabajo" Editorial Tirant lo Blanch, 2008

LAMARCA PÉREZ, Carmen "El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual" *Revista La Ley Penal* número 35 febrero 2007

LESCE, Tony "Pedophiles on the Internet: Law Enforcement Investigates Abuse." *Law and Order* 47, no. 5(May 1999)

LLUCH CORELL, Francisco Javier "Tratamiento judicial del trabajo en "clubs de alterne". Respuesta de los tribunales" *El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 4, pg. 8, febrero de 2009

LOMBROSO, C.: *El delito: sus causas y sus remedios*. Trad. De Bernaldo de Quirós, Madrid, Suárez, 1902

LOPEZ SANCHEZ, Félix "La inocencia rota: abusos sexuales a menores", OCEANO, 1999 ISBN 9788449414725

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel "Curso de Derecho Penal. Parte General", Madrid, 1996

MARCHENA GOMEZ, Manuel "Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Organica 3/1989)" *Diario La Ley*, 1990, pág. 1150, tomo 2, Editorial LA LEY

MARCO MARCO, Joaquín J. en GARCÍA GONZÁLEZ, Carmen (Coordinadora), "Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés "Acoso sexual" Estudios de Derecho Judicial 21/1999

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel "El delito de escándalo público" Editorial Tecnos, 1970

MOMMSEN "Historia de Roma" tomo I

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón (VVAA) en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" 9ª edición Thomson Reuters

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo "Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado" Cuadernos de política criminal segunda época 2004 nº 84 pag 32

MUÑOZ CONDE, Francisco "Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)" en *Estudios Penales y Criminológicos*, Madrid, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito" Tirant Lo Blanch, 2004

ORTS BERENGUER, Enrique.: "Los delitos de agresiones y abusos sexuales tras la reforma de la Ley Orgánica 11/1999", en *Protección Jurídico-Penal de la mujer maltratada*, La Coruña, 2000

ORTS BERENGUER, ROIG TORRES "Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática" Documento TOL1.003.674, /2001

OTERO GONZÁLEZ, P.: "El nuevo delito de acoso sexual (Tras su modificación por LO 11/1999, de 30 de abril)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2000, pág. 510.

PACHECO, J. F.: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, Tomo III, Madrid, 1849, pág. 141.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos" Indret

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique "La protección de los datos personales del menor en Internet" Revista Española de Protección de Datos, nº 5, julio-diciembre de 2008

RAMÓN RIBAS, Eduardo "La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual" en Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos Coords. Francisco Javier Álvarez García Editorial Tirant lo Blanch, 2012

RAMON RIBAS, Eduardo "Los delitos de abusos sexuales a menores" Tirant Lo Blanch, 2009

RODRÍGUEZ MESA, María José "Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios" en "La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea" Tirant Lo Blanch, 2009 pag. 335

ROPERO CARRASCO, Julia "El debate sobre la "regulación" de la prostitución" El Derecho Editores 23 de mayo de 2006

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso "Derecho Penal parte especial" Dykinson, 2010

SILVESTRE MARCO, María "La imagen de la preadolescente y su representación en el arte" Tesis Doctoral Universidad Politécnica de Valencia Código UNESCO: 6200 00

TAMARIT SUMALLA, Josep Mª "La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Aranzadi, 2000 pag 69

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena "El nuevo delito de corrupción de menores" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-12 (1999)

VALLEIJE, I. “La víctima en los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 2000, pág. 317.

VEGA GUTIÉRREZ, José Zamyr “El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español” Universidad de Alcalá, 2010

WOLAK, Janis; FINKELHOR, David and MITCHELL, Kimberly “Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study” 2005. Funded by the U.S. Congress Through a Grant to the National Center for Missing & Exploited Children®. [www.ojjj](http://www.ojjj) pag. 32