

ADENDA DE ACTUALIZACIÓN *SEPTIEMBRE 2022*

M.ª del Carmen Gómez Rivero
(Directora)

M.ª del Carmen Gómez Rivero
Adán Nieto Martín
Emilio Cortés Bechiarelli
Manuel Gómez Tomillo
Miguel Abel Souto



FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL
VOLUMEN I

ACTUALIZACIÓN FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL
PARTE ESPECIAL, VOLUMEN I
SEPTIEMBRE 2022

Reforma art. 142.2 por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor.

HOMICIDO COMETIDO POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE USANDO UN VEHÍCULO A MOTOR O CICLOMOTOR:

«Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.» «Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será persegurable mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

La reforma operada por la LO 11/2022 introduce una modificación en el tratamiento del **homicidio cometido por imprudencia menos grave** usando un **vehículo a motor o ciclomotor**. Frente a la regulación anterior, dispone el precepto la aplicación obligatoria de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se cercena así el margen de aplicación propio de la regulación anterior, en el que su imposición era potestativa.

Se asegura por otra parte la consideración como imprudencia menos grave de los homicidios imputables a una infracción grave de las normas de tráfico, al disponer que «en todo caso», procederá apreciar esa calificación. Se mejora por lo demás la redacción del precepto previa a la reforma, que refería la producción del resultado «a consecuencia» de la infracción, sin requerir, como se hace ahora, que la misma haya sido «determinante» de su producción. En todo caso, el juicio acerca del carácter determinante o no de la infracción habrá de fundamentarse en resolución motivada.

PERSEGUÍBILIDAD DEL DELITO DE HOMICIDIO COMETIDO POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE UTILIZANDO UN VEHÍCULO A MOTOR O CICLOMOTOR:

«Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será persegurable mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

La reforma operada por la LO 11/2022 convierte en públicos estos delitos, eliminando la anterior exigencia de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Reforma art. 152 por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia.

DELITO DE LESIONES COMETIDAS POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVES USANDO UN VEHÍCULO A MOTOR O CICLOMOTOR:

Los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 152 reciben la siguiente redacción:

«2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.»

La LO 11/2022 introduce una modificación en el tratamiento de las **lesiones cometidas por imprudencia menos grave usando un vehículo a motor o ciclomotor**.

Se contempla una pena atenuada para las lesiones del art. 147.1 cometidas por imprudencia menos grave a consecuencia de la conducción. En concreto, reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de debido a una imprudencia menos grave se causen lesiones que necesitan tratamiento médico o quirúrgico del tipo básico del 147.1. La finalidad confesada de la Exposición de Motivos de la ley es evitar que sea preceptiva la asistencia de abogado y procurador y permitir que el proceso se juzgue por un juez de instrucción.

En segundo lugar, frente a la regulación anterior, dispone el precepto la aplicación obligatoria de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se cercena así el margen de aplicación propio de la regulación anterior, en el que su imposición era potestativa. Además, se eleva la duración de la privación del derecho de un tiempo de tres meses a un año previsto en la regulación anterior al de tres a dieciocho meses».

Se asegura por otra parte la consideración como imprudencia menos grave de los homicidios imputables a una infracción grave de las normas de tráfico, al disponer que «en todo caso», procederá apreciar esa calificación. Se mejora por lo demás la redacción del precepto previa a la reforma, que refería la producción del resultado «a consecuencia» de la infracción, sin requerir, como se hace ahora, que la misma haya sido «determinante» de su producción. En todo caso, el juicio acerca del carácter determinante o no de la infracción habrá de fundamentarse en resolución motivada.

Reforma del art. 172 bis por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Añade un apartado 4 del siguiente tenor: «En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos».

Reforma del art. 172 ter por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La LO 10/2022 mantiene la exigencia de que a consecuencia de las conductas de acoso se altere el normal desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo, si bien ha suprimido la exigencia de que tal alteración sea grave, permitiendo así una considerable ampliación del ámbito típico del delito

La reforma da la cualificación del acoso contemplada en el inciso segundo del número 4 del art. 172 ter la siguiente redacción: «cuando la víctima se halle en una relación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia».

Amplia de esta forma el legislador el ámbito en el que se puede aplicar esta circunstancia, mencionando expresamente la discapacidad y poniendo el acento en la concurrencia de cualquier circunstancia que rodee a la víctima.

La LO 10/2022, introdujo en el precepto un nuevo apartado 5 que contempla un tipo atenuado, conforme al cual: «El que sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses».

Resulta esencial en esta modalidad apreciar el resultado de acoso, hostigamiento o humillación, que condiciona la consideración de esta modalidad como delito.

Modificación art. 173 por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La LO 10/2022 introduce un nuevo inciso al apartado primero del art. 173 conforme al cual: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Introduce igualmente un nuevo inciso en el apartado 4 que dispone «Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad». Se equipara así en pena estas conductas con la de las injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el sujeto pasivo es una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.

Se incrimina de este modo el llamado «acoso sexual callejero», que debe conectarse con las previsiones del art. 40 del Convenio de Estambul. Este precepto consagra la obligación de las partes de adoptar medidas «para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones».

Antes de la reforma de 2022 este tipo de conductas fueron reconducidas al delito genérico de vejación injusta de carácter leve, si bien su aplicación a estos casos se vio drásticamente reducida tras la reforma de 2015, que limitó su ámbito de aplicación a los sujetos pasivos del art. 173.2.

La aplicación del precepto requiere comprobar conforme a parámetros objetivos la situación humillante, intimidatoria y hostil para la víctima, sin que sea suficiente la percepción de ésta. Lo anterior no significa, sin embargo, despojar ese parámetro de las circunstancias subjetivas de la víctima, lo que reclama atender, entre otras, a su especial vulnerabilidad.

Modificación art. 197 por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La LO 10/22 modifica el apartado 7 del art. 197. La redacción del precepto —redactado conforme a la LO 1/2015— dispone: «Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona».

La LO 10/2022 introduce un tipo atenuado que castiga con la pena de multa de uno a tres meses aplicable «a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a

que se refiere el párrafo anterior, las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada».

Aclara el apartado siguiente que tanto el tipo base como esta modalidad da lugar a la aplicación del tipo cualificado por razón de los sujetos activos contemplado en el inciso final.

Modificación del art. 382 bis por la LO 11/2022, de 13 de septiembre.

La reforma operada por la LO 11/2022 modifica el apartado primero del art. 382 bis, dándole la siguiente redacción:

«1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieren una o varias personas o en el que se les causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.»

En concreto, la ley de reforma sustituye la anterior mención a las lesiones constitutiva de un delito del art. 152.2 (referido a las lesiones por imprudencia menos graves de los arts. 147.1, 148 y 149) por la referencia a los delitos de los arts. 147.1, 149 y 150, que contemplan los distintos tipos de lesiones dolosas. Quedan así al margen del precepto los casos de causación de lesiones leves.

LOS SIGUIENTES CAPÍTULOS, XII Y XIII, CAMBIAN COMPLETAMENTE.

LECCIÓN XII. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL (I)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

A) BIEN JURÍDICO

En el Código Penal de 1973, y hasta la reforma de dicho texto acaecida en 1989, la Ley utilizaba la expresión «Delitos contra la honestidad». Esta última era criticada por las connotaciones morales que llevaba consigo. Tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, el Título VIII del Libro Segundo CP lleva la rúbrica «Delitos contra la libertad sexual». Hasta ese momento se hacía referencia tanto a la libertad sexual, como a la indemnidad sexual.

Aun cuando la citada rúbrica parece subrayar que, desde la perspectiva legislativa, hay un solo objeto de protección, la libertad sexual, habrá que entender que se protege tanto la libertad como la indemnidad sexual. Este último concepto se justifica en tanto que es difícil sostener que es la libertad sexual lo protegido cuando el sujeto pasivo es un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25, párrafo segundo, CP), ya que no se puede proteger lo que no se tiene, ni fáctica, ni jurídicamente. En estos supuestos, se hablaría de indemnidad sexual. De hecho, la referencia a la indemnidad sexual permanece en múltiples artículos del Código Penal: 57, 74, 89, 132.1, 188 CP, etc.

A.1. Libertad sexual

En lo que concierne a la libertad sexual, se viene aceptando que posee dos sentidos (por todas, STS de 2 de mayo de 2006):

- Positivo: la facultad de toda persona de decidir cuando quiere un contacto con la sexualidad.
- Negativo: la facultad de toda persona de no verse involucrada en un comportamiento sexual sin su consentimiento. Seguramente, sólo esta última faceta encuentre protección en la Ley penal (a salvo de lo que indicaremos en los delitos relativos a la prostitución, Capítulo V, del Título VIII).

A.2. Indemnidad sexual

La indemnidad sexual es el bien jurídico tutelado en el caso de víctimas menores o discapacitadas con especiales necesidades de protección. No existe unanimidad a la hora de concretar la idea. Antes de la reforma de 1999, la STS de 22 de mayo de 1998 afirmaba que el ámbito de protección «se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual». El problema es qué se entiende por «normalidad» en la esfera de lo sexual, para lo que resulta inevitable acudir a los criterios sociales y culturales dominantes en el contexto en el que acaecen los hechos. En tiempos más recientes, la jurisprudencia parece

haber acogido un concepto complejo de indemnidad sexual que, en síntesis, equivaldría al derecho a no sufrir daño en la esfera de lo sexual, singularmente en su proceso madurativo, cuando de menores de edad se trata. En ocasiones, se habla de intangibilidad sexual, especialmente, en el caso de sujetos pasivos de escasa edad que ni siquiera llegan a tener conciencia de lo que acaece, o más ampliamente cuando la víctima es menor de dieciséis años (edad a partir de la cual el legislador presume *iuris tantum*, la capacidad de autodeterminación sexual). En todo caso, parece más precisa la expresión «indemnidad sexual» que la de «intangibilidad sexual» que parece cerrar absolutamente el paso a un contacto con la sexualidad en todo menor y persona con discapacidad necesitadas de especial protección.

B) ESTRUCTURA LEGAL

El Título VIII del Libro Segundo del Código Penal está dividido en seis Capítulos:

- Capítulo I: «De las agresiones sexuales» (arts. 178 a 180 CP).
- Capítulo II: «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años» (arts. 181 a 183 bis).
- Capítulo III: «Del acoso sexual» (art. 184 CP).
- Capítulo IV: «De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual» (arts. 185 y 186 CP).
- Capítulo V «De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores» (arts. 187 a 189 ter CP).
- Capítulo VI: «Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores» (arts. 190 a 194 bis CP).

2. AGRESIONES SEXUALES

A) REGULACIÓN LEGAL

El art. 178.1 CP contiene el tipo básico; el art. 178.3 CP establece un tipo atenuado; el art. 179 CP describe las agresiones sexuales agravadas, cuyo *nomen iuris* es el de violación; por fin, el art. 180 CP regula una serie de circunstancias agravantes.

B) TIPO BÁSICO

B.1. *Sujetos*

Sujeto activo de la conducta puede serlo cualquier persona: un hombre o una mujer; un individuo que tuvo con anterioridad una relación de índole sexual con la víctima o una persona sin previo contacto con ella (STS de 22, abril de 1997), etc.

En cuanto al sujeto pasivo, tampoco hay limitación alguna, salvo:

- a) La víctima tiene que encontrarse viva, ya que, de lo contrario, se extingue la personalidad y tan sólo puede plantearse la presencia de un delito del art. 526 CP (profanación de cadáveres).
- b) Si la víctima es o ha sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, se aplica la circunstancia agravante del art. 180.1. 4.^a CP.
- c) No puede serlo un menor de dieciséis años porque entraría en juego el art. 181 CP).

B.2. *Tipo objetivo.* La conducta a la que se refiere el art. 178 CP consiste en realizar cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento

B.2.1. *Atentado sexual. Desde un punto de vista negativo,* se excluye:

- a) El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales o de objetos por alguna de las dos primeras vías, en la medida en que se trata de supuestos que se encuentran expresamente contemplados en el art. 179 CP.
- b) La obstaculización de actos sexuales ajenos, en la medida en que, aunque literalmente podrían estimarse captados, teleológicamente sólo se protege la faceta negativa de la libertad sexual entendida como facultad del individuo de no verse involucrado en un comportamiento sexual sin su consentimiento.

EJEMPLO: El supuesto de la persona de moral sexual estricta que interrumpe amenazadoramente los escarceos de una pareja en su vehículo.

Desde un punto de vista positivo, la conducta debe tener un significado sexual de contenidos muy diversos.

- a) Integra la conducta el contacto con zonas sexualmente significativas del cuerpo de la víctima, siendo indiferente que se haga por encima o por debajo de la ropa, de forma activa o pasiva.

EJEMPLO: Además de los tocamientos, cabe incluir los casos en los que se obliga a la víctima a realizar actos de manipulación sexual sobre el cuerpo del autor.

- b) En cuanto a las acciones que no implican tal contacto físico directo, la jurisprudencia a veces las ha excluido (STS de 4 de junio de 1999; de 29 de enero de 2009), aunque no hay unanimidad. De hecho, la opción contraria se sustenta en que el tipo posee un carácter residual y tampoco es una exigencia que se derive necesariamente del bien jurídico.

EJEMPLOS: Actos como obligar al sujeto pasivo a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo o sobre el de un tercero (STS de 5 de junio de 2003); obligar a la víctima a desnudarse o a masturbarse en público (STS de 18 de diciembre de 1996) o a masturbarse en presencia de la víctima, eyaculando sobre su ropa (STS de 24 de junio de 2002; de 29 de diciembre de 2009).

c) Deben estimarse incluidas las relaciones sexuales donde tanto el sujeto activo, como el pasivo lo sean mujeres (no pueden encontrarse captadas por el art. 179 CP que exige acceso carnal). Se excluyen las hipótesis de introducción de objetos o miembros corporales, donde tanto el agente como la víctima sean simultáneamente de sexo femenino (incluidas en el art. 179 CP).

d) Las hipótesis en las que la víctima es obligada a mantener contacto sexual con animales (tampoco encajan en el art. 179 CP), sin perjuicio de que se aplique la circunstancia agravante del art. 180.1. 2.^a CP.

e) Los casos en los que el autor se haga penetrar, vaginal o analmente, o se introduzca el pene ajeno en su boca (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 27 de mayo de 2005; STS de 15 de junio de 2020).

B.2.2. *La falta de consentimiento.* Para que haya agresión sexual los actos de atentado contra la libertad sexual deben ser llevados a cabo sin consentimiento de la víctima. No es preciso acreditar su resistencia (piénsese en los casos en los que la víctima se paraliza ante la violencia brutalmente desplegada por el autor al inicio del hecho). A la vista de los problemas que en la práctica jurisprudencial se han presentado para delimitar cuándo concurría el consentimiento de la víctima (o cuándo no concurría), al art. 178.1 CP establece una cláusula general reguladora de la cuestión. Conforme a ésta «[s]ólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (sólo sí es sí). Se ha pretendido subrayar la necesidad de un acto positivo de aceptación del contacto sexual que cierre el paso a la interpretación del silencio del sujeto pasivo como permiso o licencia. No obstante, se corre el riesgo de trasladar al acusado la carga de la prueba de la existencia de consentimiento al contacto sexual, desplazándola desde la acusación, que es quien debería acreditar que no existía anuencia. Por otra parte, es una cláusula inútil ya que es impensable una condena cuando haya efectivo consentimiento, aunque no se haya manifestado por actos positivos, en la medida en que no se afectaría al bien jurídico.

Obviamente, el hecho de que haya habido contacto sexual previo entre sujeto activo y pasivo no puede ser interpretado como consentimiento tácito en un episodio posterior.

En todo caso, el art. 178.2 CP establece una serie de supuestos en los que se entiende que no hay consentimiento: cuando concurra violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad sobre la víctima, abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, cuando la víctima se halle privada de sentido; cuando se abuse de la situación mental de la víctima; cuando se realicen sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. De esa forma, se han equiparado a efectos punitivos conductas que tienen una significación muy diversa.

a) **Violencia.** Por violencia hay que entender *vis physica*. Se trataría del despliegue o desarrollo de una energía efectuada por el sujeto activo sobre la víctima para vencer su resistencia. Se comprende tanto la vis ablativa o absoluta, como la compulsiva.

En el primer caso, el autor paraliza a la víctima, impidiendo todo movimiento.

EJEMPLO: Se ata o sujetta fuertemente a la víctima.

En el segundo, el sujeto no paraliza a la víctima, sino que actúa sobre su proceso de motivación para que se decida a actuar en el sentido que busca.

EJEMPLO: Se golpea a la víctima para que ésta acceda a los deseos del sujeto activo; se golpea al hijo de la víctima para que ésta acceda a la relación sexual.

No es preciso que la persona que realiza el acto de índole sexual y quien despliega la violencia sean la misma persona.

EJEMPLO: Un sujeto sujet a la víctima y otro realiza actos de contenido sexual.

b) Intimidación. Consiste en la amenaza o *vis moralis*; se trata de la proposición de un mal, de palabra o de obra, para que se acceda a los deseos del sujeto activo (por todas, STS de 8 de febrero de 2007).

EJEMPLOS: La exhibición de un arma. La amenaza de practicar vudú puede ser suficiente en los casos caracterizados por un fuerte arraigo de la creencia en la idoneidad de dicha práctica para determinar efectos negativos en la esfera de la víctima. Idéntico juicio merece la amenaza de revelar infidelidades matrimoniales o divulgar videos de contenido sexual.

Como en el caso de la violencia, no es preciso que la persona que realiza el acto de índole sexual y quien despliega la intimidación sean la misma persona.

EJEMPLO: Un sujeto exhibe el arma a la víctima y otro realiza actos de contenido sexual.

El TS viene aceptando la llamada intimidación ambiental, presente cuando los hechos se llevan a cabo por una pluralidad de sujetos, sin que sea preciso la exteriorización nítida de una amenaza o de una conducta violenta, en la medida en que la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio, mucho más frente a una única joven y en lugar solitario (SSTS de 14 de mayo de 2020, 13 de enero de 2022).

Asimismo, el TS acepta los casos de intimidación permanente, caracterizada por una «paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo» (STS de 22 de diciembre de 2008).

c) Abuso de una situación de superioridad sobre la víctima. Dicha relación de superioridad se encuentra ya contemplada en el art. 180.1. 5.^a CP, como circunstancia agravante, seguramente por un defecto legislativo. Allí se habla de prevalimiento de superioridad y aquí de abuso de superioridad, pero no parece que la diferencia sea sustancial. La doble previsión hace que, en virtud del art. 8.4 CP, principio de alternatividad, se deba aplicar en todo caso el supuesto más gravemente penado.

d) Abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima. Como en el caso anterior, la situación de especial vulnerabilidad está contemplada como circunstancia agravante en el art. 180.1. 3.^a CP, por lo que habrá que entender que, en tal situación, se aplica la norma

que prevea una pena más grave, sobre la base del principio de alternatividad (art. 8.4 CP), esto es, el art. 180.1 3.^a CP.

e) Víctima privada de sentido. Resulta por completo indiferente la causa: estado de coma, lipotimia, pérdida de conocimiento por un traumatismo, hipnosis (si es que resulta posible en la práctica que pierdan sus frenos inhibitorios), etc. Los casos de narcosis causada por la propia víctima, o por un tercero no partícipe en los hechos delictivos, deben ser aquí encajados, mientras que si lo causó el autor del delito (o un partícipe) hay que acudir al art. 180.1. 7.^a CP. En todos los casos se requiere que la víctima no tenga conciencia de la realidad, no siendo suficiente un aturdimiento.

f) Abuso de la situación mental de la víctima. Probablemente deba entenderse que el precepto se refiere a los casos en los que el sujeto pasivo padece una anomalía o alteración psíquica (en sintonía con la terminología del art. 20.1 CP), que afecte a su capacidad de autodeterminación sexual (STS de 18 de octubre de 2007; de 27 de marzo de 2000). No es que se excluya la posibilidad de que tales personas mantengan relaciones sexuales, lo cual constituye un derecho que no puede ser negado (STS de 24 de marzo de 2022), sino que se prohíbe las relaciones sexuales llevadas a cabo abusando de su situación, instrumentalizando ésta. Lo que no debería ser aceptable es que mientras apenas se registran casos en los que el sujeto pasivo es un hombre (cuyas relaciones sexuales incluso se fomentan en su entorno socio-familiar), si es una mujer, automáticamente se afirme la existencia de delito. Quizá la solución sea sostener que siempre que el sujeto pasivo sea consciente, en la medida de sus posibilidades, del alcance del hecho, y lo consienta, la acción deviene impune. Como expresa la citada STS de 18 de octubre de 2007, «lo que caracteriza esa modalidad típica es que la víctima no presta un verdadero consentimiento, valorable como libre ejercicio de la libertad sexual...debido al patente déficit de conciencia del alcance de los propios actos, motivador de una objetiva incapacidad para conducirse sexualmente con autonomía» (vid., también, STS 15 de junio de 2022).

EJEMPLO: El sujeto pasivo padecía síndrome de Down, pero «...la perjudicada tenía un conocimiento básico de la sexualidad, si bien rudimentario, lo que le permitía consentir tales relaciones sexuales, al punto de conocer el alcance de la colocación de un preservativo» (STS de 11 de junio de 2007).

Las relaciones con un móvil afectivo son irrelevantes, lo que plantea un siempre difícil problema de prueba.

g) Víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Por una parte, la víctima tiene que estar consciente (porque, de lo contrario, se aplicaría el inciso relativo a víctima privada de sentido). Por otra, se excluyen las situaciones del art. 180.1. 7.^a CP, es decir, cuando se suministran a la víctima fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Finalmente, tampoco están incluidos los casos de anomalía o alteración psíquica ya vistos. En definitiva, se trata de una cláusula residual.

EJEMPLO: Pueden estimarse captados los casos de sueño profundo, donde la jurisprudencia, en ocasiones, ha sostenido que la víctima no está exactamente privada de sentido (STS de 2 de octubre de 2006).

Cabe apreciarlo cuando la víctima, por los motivos que sea, se encuentra atada, agotada físicamente, etc.

EJEMPLO: Dos sujetos violan a una mujer, empleando violencia para ello; consumado el delito aparece en escena un tercer sujeto que aprovechando el estado de pasividad de la mujer tras los anteriores hechos y sin llevar a cabo acto violento alguno, perpetra un nuevo yacimiento.

h) Los casos en los que el consentimiento se encuentra gravemente viciado (aun cuando no se encuentre en el catálogo del art. 178.2 CP, el cual no constituye un *numerus clausus*).

EJEMPLOS: Un sujeto asegura a su pareja no padecer enfermedades de transmisión sexual, cuando realmente sí que las padece y, además, es consciente de ello; tiene lugar el contacto sexual y la efectiva transmisión de la enfermedad. Asimismo, encajarían los casos de retirada subrepticia del preservativo (*stealthing*).

B.3. *Tipo subjetivo*

Resulta incuestionable que los hechos deben ser dolosos. La existencia de un error de tipo (incluido sobre la concurrencia de consentimiento, pese a la regulación del art. 178.1, inciso segundo, CP), debería determinar la calificación del hecho como imprudente y, en consecuencia, su impunidad (art. 14.1 CP).

Más complejo resulta determinar si es preciso que concurra algún ulterior elemento subjetivo de lo injusto.

EJEMPLOS: La introducción de objetos por vía anal practicada entre sujetos de igual sexo y de tendencia heterosexual como cruel novatada. Asimismo, se puede citar el caso de quien con la intención de humillar a otro le obliga a mantener un contacto lúbrico con animales, sin experimentar por ello el más mínimo estímulo sexual.

El calificativo «sexual» que debe acompañar al comportamiento determina que normalmente se exija un ánimo lascivo, lúbrico para determinar cuándo el comportamiento posee tal nota sexual o no. En la jurisprudencia se ha venido exigiendo expresamente el ánimo lascivo (por ejemplo, las SSTS de 24 de marzo de 1997, de 22 de julio de 2002; 24 de junio de 2002; 29 de enero de 2009). Sin embargo, es posible también detectar sentencias que descartan tal exigencia (SSTS 6 de febrero de 1995; 9 de julio de 1999).

B.4. *Tentativa*

Cabe apreciar tentativa, por ejemplo, en los casos en los que se despliegue la actividad violenta o intimidatoria, inequívocamente orientada a obtener un contacto sexual y este último no se obtenga por causas ajena a la voluntad del sujeto.

B.5. *Relaciones concursales*

B.5.1. *Lesiones.* Debe apreciarse un concurso ideal de delitos, en las hipótesis en las que, como consecuencia de la violencia desplegada, se causen lesiones. No obstante, cabe hacer, al menos, tres matizaciones.

a) Por una parte, la violación consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio de la agresión sexual violenta.

EJEMPLO: leves hematomas o lesiones en la zona genital, no ocasionados de modo deliberado, sino como forzosa consecuencia del contacto carnal forzado (por muchas, vid. SSTS de 15 de octubre de 2007; 17 de julio de 2008).

b) El Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de fecha 10 de octubre de 2003, acordó 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 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».

c) Si las lesiones se infligen con posterioridad al hecho sexual (o con anterioridad sin conexión causal con tal hecho), deberá optarse por el concurso real.

B.5.2. Detenciones ilegales. Cabe un concurso real «en lo que excede de la violencia o intimidación necesarias para la agresión sexual... (SSTS de 19 de abril de 1997, de 17 de enero de 2001, de 11 de junio de 2002). La autonomía del delito de detención ilegal supone que la privación del derecho fundamental a la libertad tenga una existencia sustantiva y propia, con independencia de la propia retención derivada de la agresión sexual» (STS de 5 de diciembre de 2005).

EJEMPLO: Las vejaciones y actos sexuales sobre la víctima se reiteraron por un tiempo innecesariamente prolongado, por unas seis horas, de 5 a 11 de la mañana, periodo en que la impidieron salir de la habitación, aunque les pidió que la dejaran marchar reiteradamente (STS de 13 de enero de 2022).

B.5.3. Amenazas. En alguna ocasión el TS ha aceptado el concurso real con las amenazas (STS de 26 de diciembre de 2002), lo que debe entenderse que sólo es procedente cuando la amenaza no es medio para conseguir el contacto sexual.

B.5.4. Allanamiento de morada. También debe apreciarse concurso ideal de delitos cuando concurren los presupuestos del allanamiento de morada (salvo que la decisión de atentar contra la libertad sexual se adopte con posterioridad a la entrada o mantenimiento ilícito en la morada ajena, en cuyo caso habría un concurso real).

C) TIPO AGRAVADO: EL DELITO DE VIOLACIÓN

Conforme al art. 179 CP, cuando la agresión sexual consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales, por alguna de las dos primeras vías, el reo será castigado con la pena de cuatro a doce años.

C.1. Sujetos del delito

Sujeto activo pueden serlo tanto un hombre como una mujer. Sin embargo, es preciso matizar en función de las diferentes modalidades comisivas. En relación con el acceso

carnal por vía vaginal, anal o bucal, debe estar presente necesariamente un hombre, como se desprende de la expresión empleada por el legislador «acceso carnal». Sin embargo, no se puede decir lo mismo en cuanto a la modalidad consistente en «introducción de objetos» o de «miembros corporales» por vía anal o vaginal, caso en el que pueden intervenir como sujetos activos y pasivos tanto un hombre como una mujer, sin que tenga sentido exigir que en una u otra posición se encuentre un hombre, o lo que es lo mismo, cabe apreciarlo cuando se trate de una acción en la que intervienen con exclusividad mujeres.

Por lo demás, nos remitimos a lo visto en relación con los sujetos del delito del art. 178 CP (B.1).

C.2. *Tipo objetivo*

C.2.1. *Violencia o intimidación*. Son válidas las precisiones efectuadas supra en relación con el tipo básico del art. 178 CP, relativas a la violencia e intimidación (B.2.2).

C.2.2. *Acceso carnal, introducción de objetos o miembros corporales*

a) Por lo que concierne al *acceso carnal por las vías vaginal, anal o bucal* abarca tanto la penetración heterosexual vaginal, como la penetración anal o bucal, estas últimas, homosexuales o heterosexuales.

Es cuestionable si se requiere el contacto entre autor y víctima o si, por el contrario, se incluye también las hipótesis de relación entre un tercero y la víctima. En este caso, al no existir razones gramaticales que lo impidan, y atendiendo a la perspectiva de la víctima, probablemente sea razonable estimar captadas tales hipótesis por el art. 179 CP.

EJEMPLO: Un sujeto A obligó a la víctima B a mantener relaciones sexuales con C a la que había atado de pies y manos para que no escapara (en el ámbito del art. 178 CP, la STS de 5 de junio de 2003, acepta la condena a A).

b) Por su parte, la *introducción de objetos o miembros corporales* tan sólo puede realizarse por vía anal o vaginal. La referencia a la introducción de miembros corporales fue debida a la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Se realizó esencialmente en la medida en que con anterioridad no estaba claro si la penetración digital o lingual por las vías citadas debía estimarse como violación o no, por cuanto para calificarlo como tal era preciso entender que, por ejemplo, los dedos constituyan un «objeto». La jurisprudencia del TS había sostenido que tales supuestos no constituyan delito de violación, en la medida en que un objeto tenía que serlo necesariamente algo inerte (STS de 23 de marzo de 1999; de 1 de julio de 2002, la cual se refería a una hipótesis de penetración lingual). Con la reforma se superó tal cuestión (vid. STS de 6 julio de 2010). De la redacción parece, asimismo, seguirse como consecuencia inevitable la calificación del denominado beso erótico, esto es, la introducción no consentida de la lengua en la boca ajena, como coacción (en función de la intensidad en el despliegue de violencia, si la hubiere), fuera, pues, del ámbito de los delitos sexuales. La reforma, sin embargo, no consideró la opinión de quienes se venían manifestando en contra de la equiparación punitiva de la violación con el pene o con el dedo u otro miembro corporal, en la medida en que en los últimos casos no existe la posibilidad de que la víctima se quede embarazada ni que se contagien enfermedades de transmisión sexual.

C.3. *Tipo subjetivo*

El delito es eminentemente doloso (vid. supra B.3 en cuanto a la posibilidad de error de tipo y la exigencia de un ulterior elemento subjetivo de lo injusto consistente en el ánimo sexual).

C.4. *Tentativa*

En cuanto a la consumación, no es preciso que exista una penetración prolongada, ni la perfección del acto sexual; es suficiente con la mera penetración o introducción del objeto de que se trate.

En relación con el problema de las hipótesis de desproporción de órgano, se ha venido sosteniendo que no resultan equivalentes los conceptos de penetración en el ámbito fisiológico y en el marco jurídico-penal. En este último, se considera la existencia del coito con la simple *conjunctio membrorum* o coito vestibular, según la cual existe relación sexual en los supuestos en que la *conjunctio membrorum* afecta a los órganos genitales externos de la mujer, en cuanto los labios *majus* y *minus* forman con la vagina una unidad; de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha (vid., por ejemplo, SSTS de 14 de mayo de 1999; de 28 de abril de 2005; 14 de noviembre de 2008; de 6 julio de 2010).

En caso de desistimiento procede considerar el art. 16.2 CP, donde lo habitual será apreciar un delito de agresiones sexuales básicas (STS de 6 de junio de 2005).

C.5 *Autoría y participación*

Es frecuente que quien se limita a ejercer la fuerza o intimidación, pero no tiene acceso carnal, sea calificado como cooperador necesario, pero no como coautor (por todas, STS 18 de octubre de 2004), si bien dicha conclusión depende de la tesis de partida en materia de autoría y participación.

Asimismo, la jurisprudencia viene calificando como cooperación necesaria las hipótesis en las que un sujeto contempla los hechos sin intervenir en ellos, utilizando para ello la expresión «intimidación ambiental» (por muchas, STS de 13 de mayo de 2005).

C.6. *Relaciones concursales*

C.6.1. *Delito continuado*. La jurisprudencia es reticente a su aplicación a la vista de la regla del art. 74.2 CP. Se aplica, por ejemplo, en los casos de diversos ataques a la libertad sexual acaecidos a lo largo del tiempo en el contexto de convivencia familiar, donde las circunstancias de cada hecho son semejantes, aunque la mecánica pueda ser algo diversa (STS de 5 de febrero de 2014). Asimismo, en los casos de sucesivas violaciones en un espacio concentrado de tiempo.

EJEMPLO: Un sujeto abordó a una joven víctima, a la que tapó la boca con una mano apretando fuertemente de modo que le impedía respirar, y la tiró al suelo. Seguidamente se colocó encima de ella impidiendo su huida o defensa, procediendo a penetrarla vaginalmente. Tras la violación, el acusado condujo a la víctima a su propio domicilio, la llevó directamente a su habitación, la desnudó, la tiró a una de las dos camas

existentes, donde volvió a violarla, y, seguidamente, le obligó a hacerle una felación. Después entró en la habitación otro individuo, procediendo ambos a violarla a pesar de los ruegos de ella. Las penetraciones vaginales, anales y bucales y los tocamientos se repitieron durante la noche, siendo aproximadamente cuatro ó cinco las llevadas a cabo por el primer sujeto y muchas más por el segundo (STS de 13 de enero de 2022).

Ello no ocurre, por ejemplo, cuando se verifican varias violaciones en varios días; cada una constituye un delito autónomo e independiente (STS de 22 septiembre de 2005).

Debe diferenciarse, asimismo, de los casos de unidad de acción, en los que se aprecia un solo delito, habitualmente, cuando bajo una misma situación de violencia en un mismo marco de espacio y tiempo, con igual sujeto activo y pasivo, se llevan a cabo una pluralidad de accesos sexuales incluso por diferentes vías (SSTS de 29 de septiembre de 2006, de 18 de enero de 2006).

C.6.2. *Pluralidad de sujetos intervenientes.* Por lo que concierne a la situación en la que intervienen en los hechos una pluralidad de sujetos, nos remitimos a lo que expresamos infra (2.E.2) en relación con la circunstancia agravante del art. 180.1. 1.^a CP (cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas). Normalmente se aprecia un concurso real de delitos: la autoría en la propia agresión y la cooperación necesaria en la ajena, lo cual determina un crecimiento muy notable de la pena a imponer. No obstante, en el caso de la STS de 4 de julio de 2019, caso la Manada, los hechos sólo fueron calificados y penados sólo como autoría.

C.6.3. *Otros.* Por lo demás, en cuanto a las relaciones concursales con lesiones, detenciones ilegales, amenazas y allanamiento de morada, vid. supra B.5.

D) TIPO ATENUADO

Conforme al art. 178.3 CP «el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable». La concreción de qué ha de considerarse «menor entidad del hecho», así como cuándo concurre una menor necesidad o merecimiento de pena, permanece en el ámbito de lo indeterminado, lo que genera inseguridad jurídica, singularmente considerando que la rebaja de pena puede ser muy notable, llegando incluso a una mera multa. Quizá se puedan incluir aquí alguna clase de ataques proditorios o sorpresivos, valorando el conjunto de las circunstancias del caso. Aquéllos, evidentemente, tan sólo son imaginables en las hipótesis de contacto físico no consentido sobre zonas sexualmente significativas efectuadas de tal forma que a la víctima no le da tiempo a articular respuesta alguna, a reaccionar impidiendo el ataque.

EJEMPLOS: El acusado, abrazó por detrás a la víctima «dándole besos en el cuello y tocándola (sic) los pechos y glúteos» (STS de 20 de marzo de 1998); el acusado inesperadamente dirigió su mano a los genitales de la víctima, agarrándole de dicha parte durante unos instantes (STS de 12 de mayo de 1999).

Asimismo, cabe incluir los ataques furtivos, caracterizados por la clandestinidad (valorando, de nuevo, las circunstancias del caso).

EJEMPLOS: Los tocamientos se efectúan en lugares de alta aglomeración (transportes o los espectáculos públicos).

Por fin, es cuestionable si encajan conductas que es dudoso sean merecedoras de sanción penal, como el caso de quien se limita a observar de forma desapercibida la desnudez ajena. El tratamiento de tal supuesto dependerá de las circunstancias del caso concreto. Puede decirse que frecuentemente el hecho no trascenderá a los tribunales de justicia. En el resto de casos, no se puede decir que el sujeto pasivo se vea involucrado en un comportamiento sexual, por lo que no están presentes los requisitos formales del tipo.

E) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: ART. 180 CP

E.1. *Cuestiones generales*

El art. 180 CP contiene una serie de circunstancias agravantes que operan tanto en relación con el tipo básico del art. 178 CP, como en relación con el tipo agravado del 179 CP. La pena sería de 2 a 8 años en el caso de que se apliquen sobre el tipo básico; y de 7 a 15 años si son aplicables al delito de violación. La concurrencia de dos o más circunstancias de las previstas en el art. 180 CP determinará que las penas se impongan en su mitad superior (art. 180.2 CP). Con carácter general, se puede decir que su amplia configuración deja escaso margen a la aplicación a los tipos no agravados, al tiempo que se detecta cómo la jurisprudencia tiende a una utilización expansiva.

E.2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1. 1.^a CP)

El fundamento radica en un mayor desvalor de acción, en la mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido y, concretamente para la libertad sexual, ya que en tales casos disminuyen las posibilidades de defensa o de huida de la víctima. Resulta evidente, pues, su incompatibilidad con las circunstancias agravantes genéricas de alevosía y abuso de superioridad (arts. 22.1 y 22.2 CP).

En abstracto, se trata de una cualificación innecesaria, a la vista de la circunstancia agravante general contenida en el número 2 del art. 22 CP (con la que es incompatible), pero la aplicación de esta última implicaría una agravación de la pena inferior. En todo caso, tampoco está claro por qué en el marco de los delitos sexuales es precisa una agravación superior que, por ejemplo, la que resultaría de aplicar el citado art. 22.1 CP a los delitos de homicidio o de lesiones, etc.

Las situaciones que hay que diferenciar son varias (vid. la STS de 4 de julio de 2019, caso de la Manada):

a) Si sólo son dos los intervenientes en los hechos, uno realiza el hecho sexual y otro no: se aplica la agravante al autor, pero no al cooperador necesario.

b) Si son dos los intervenientes y ambos tienen acceso carnal o introducen objetos o miembros corporales: se califican los hechos como concurso real de delitos (autoría en la propia agresión y cooperación necesaria en la ajena) y se aplica la agravación a la propia autoría, pero no a la cooperación en la ajena.

c) Si intervienen una pluralidad de sujetos y todos ellos son calificados como autores de su propio delito de agresiones sexuales, pero no como cooperadores necesarios en el delito ajeno, se aplica la agravación (caso la Manada, en que se sostuvo que podían haberse calificado los hechos como concurso de delitos de, por un lado, la autoría en la propia agresión sexual y, por otro, cooperación necesaria en la ajena, lo que no se hizo por defecto en la acusación o instancias anteriores).

d) Si intervienen una pluralidad de sujetos y todos ellos son calificados como autores de su propio yacimiento y cooperadores necesarios en el de los demás: se aplica a la autoría, y a la cooperación necesaria.

E.3. Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1. 2.^a CP)

El fundamento parece residir en un mayor desvalor de resultado y, concretamente, en la afección a ulteriores bienes jurídicos, como son la integridad o la dignidad personales. Se contemplan dos situaciones diversas.

a) Por un lado, los casos de violencia de extrema gravedad, lo cual requiere de una valoración de los hechos. De esa forma, puede apreciarse en los casos de actuaciones sádicas, si bien dependerá del caso concreto.

b) Por otro lado, cuando los actos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

EJEMPLOS: Sería posible aplicar la circunstancia agravante especial a los casos en los que la víctima es obligada con violencia o intimidación a mantener contacto sexual con animales. Más discutible resultan los casos en los que se obliga a los familiares a presenciar el hecho.

En principio, en la medida en que el fundamento radica en la afección a la integridad moral o dignidad de la persona, no es compatible con la apreciación del delito del art. 173.1 CP. De igual forma, no cabe utilizar conjuntamente esta agravante con la genérica de ensañamiento, pero sí con el delito de lesiones.

La circunstancia es compatible con la tentativa; cabe que el despliegue de violencia o intimidación sea especialmente grave y, sin embargo, el hecho sexual no llegue a realizarse.

E.4. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el art. 181 CP

Se fundamenta, asimismo, en un mayor desvalor de acción, en una mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico. La jurisprudencia (vid. STS de 13 de octubre de 2010)

viene entendiendo que se trata de una circunstancia incompatible con las agravantes genéricas de abusos de superioridad (art. 22.2 CP) y de confianza (art. 22.4 CP).

Por su configuración resulta particularmente difícil su concreción en la medida en que la determinación de la especial vulnerabilidad es exclusivamente valorativa.

a) Se regula, en primer lugar, las situaciones de especial vulnerabilidad por razón de edad, «salvo lo dispuesto en el art. 181». De lo expresado se deduce que la agravación sólo procede en las hipótesis en las que la víctima es mayor de dieciséis (si es menor de esa edad, se aplica el art. 181 CP), pero menor de dieciocho, lo que requiere, sin embargo, una fundamentación explícita en la sentencia (STS de 17 de junio de 2004). Asimismo, cabe su aplicación en los casos de avanzada edad de la víctima (STS de 18 de julio de 2002).

b) En lo que respecta a la especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, se entiende que procede en situaciones de carácter transitorio, toda vez que, si se trata de algo permanente, más bien estaríamos ante una situación de discapacidad. En todo caso, debe determinar una disminución de las posibilidades de defensa (no tiene sentido su aplicación a una persona con una discapacidad psíquica, pero particularmente robusto, por ejemplo).

c) En tercer lugar, se encuentra la especial vulnerabilidad por razón de discapacidad, la cual se entiende que tiene un carácter permanente.

EJEMPLO: Actos sexuales no consentidos efectuados sobre un tetrapléjico.

d) Finalmente, en cuanto a la referencia legal a la víctima especialmente vulnerable por cualquier otra circunstancia, no tiene que derivar de la violencia o intimidación desplegadas por el agente (vulneraría la prohibición de *bis in idem*), o de la presencia de dos o más personas (normalmente sería desplazada por el apartado anterior, STS de 18 de marzo de 2015, también para evitar el *bis in idem*). Se ha requerido por un sector de la doctrina que la vulnerabilidad se desprenda de la situación personal de la víctima y no de las condiciones espacio-temporales, para evitar vaciar de contenido los tipos no agravados, ya que esta clase de delitos casi nunca acaece a plena luz del día y en medio de una multitud. No obstante, en ocasiones se ha aplicado en casos de despoblado (STS de 9 de abril de 2002).

EJEMPLOS: La jurisprudencia ha aplicado la circunstancia agravante en el caso de una víctima, mujer embarazada de ocho meses (STS de 23 de noviembre de 2005). Asimismo, se pueden incluir los casos en los que no existe posibilidad alguna de resistencia por parte de la víctima por encontrarse ésta por completo inmovilizada.

E.5. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 180.1. 4.^a CP)

Se trata de un precepto cuya justificación probablemente se encuentre en razones preventivo-generales, considerando la importancia estadística de este tipo de situaciones. Se captan tanto los casos en los que el autor es un varón, como aquéllos en los que lo es una mujer. También quedan abarcados los supuestos en los que hay una mera relación de noviazgo entre autor y víctima que no viven juntos.

E.6. Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima (art. 180.1.5.º CP)

El fundamento radica en la mayor peligrosidad de la conducta, derivada de la disminución de las posibilidades del ofendido de evitar el contacto sexual no querido.

Las posibilidades legales son tres:

a) Prevalimiento de una relación de convivencia (siempre que no concurra el parentesco al que se refiere el caso siguiente).

b) Prevalimiento de una relación de parentesco. La Ley se refiere expresamente a los casos en que el autor es ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines. No debiera procederse a su aplicación automática siempre que concurra, por ejemplo, la incestuosa relación de parentesco contemplada expresamente en la Ley, si ello no determina una disminución de las posibilidades de rechazar el contacto sexual no deseado.

c) Prevalimiento una relación de superioridad (sin convivencia, puesto que procedería considerar el caso anterior). Las posibilidades de aplicación del precepto son múltiples.

EJEMPLOS: Las relaciones sexuales abusivas realizadas en el ámbito laboral (empresario-empleados), en el docente (profesor-alumno), en el familiar (relaciones sexuales entre tíos y sobrinos, tutor y pupilo, etc.), médico (STS 25 de septiembre de 2012: el acusado era médico y realizaba los hechos cuando las pacientes acudían a su consulta, de forma que las dos víctimas «se abandonaron a la confianza que ordinariamente inspiran los profesionales de la medicina...»). Asimismo, se ha apreciado cuando existe una clara desproporción de edad entre el sujeto activo y el pasivo, siendo este mayor de diecisésis años y menor de dieciocho (STS de 26 de marzo de 2009).

En todos los casos, debería fundamentarse en la sentencia la influencia causal de la convivencia, parentesco o superioridad en el hecho sexual (vid., por ejemplo, la STS de 26 de junio de 2000, la cual indica que fue necesaria una menor intimidación, precisamente por el aprovechamiento de la relación parental).

Por razones de prohibición de *bis in idem*, la circunstancia agravante resulta incompatible:

a) Con la situación de superioridad derivada de la violencia o intimidación previamente desplegadas, en el caso de las agresiones sexuales.

b) Con las agravaciones de los apdos. 3.º y 4.º del art. 180 CP (STS de 18 de marzo de 2015).

c) Con las circunstancias del art. 22.2 CP (abuso de superioridad) y la mixta del art. 23 CP (parentesco).

E.7. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones previstas en los art. 149 y 150, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 194 bis (art. 180.1. 6.º CP)

El fundamento radica en un mayor desvalor de acción, concretamente en la mayor peligrosidad para la libertad sexual y no en la potencialidad lesiva para ulteriores bienes jurídicos, lo que explica la cláusula concursal «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 194 bis» (el art. 194 bis CP dispone que las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen).

El problema es precisar cuándo el medio usado es peligroso o no para la vida y la salud ya que, en abstracto, cualquier medio lo es: un libro, una botella, un vaso, pueden causar lesiones de los arts. 149 y 150 CP, en función del uso que se les dé. En consecuencia, salvo que la acción se lleve a cabo sin instrumentos de ninguna clase, prácticamente en todo caso procedería la agravación. Ello ha llevado a una interpretación restrictiva de la circunstancia. Así, se exige:

- a) Sólo procede en la modalidad violenta (STS de 23 de marzo de 1999).*
- b) La creación de un peligro concreto para la víctima, (STS de 13 de enero de 2006), lo que sugiere, por ejemplo, el contacto con el cuerpo de la víctima toda vez que Ley exige *el uso* (STS de 7 de febrero de 2006). Ello no ha impedido apreciar la agravación, por ejemplo, en el caso de uso de pistolas simuladas cuando por sus características pudieron utilizarse como objeto contundente (STS de 13 de enero de 2006).*

Problemáticos pueden ser los casos en los que se produzcan efectivamente la muerte o las lesiones, ya que en ese caso la apreciación del homicidio, asesinato o lesiones agravadas deberían desplazar a la agravación, salvo que se quiera considerar dos veces el mismo dato.

E.8. Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (art. 181.1. 7.^a CP)

Se refiere la Ley a los casos de narcosis causada por el autor del delito (incluyendo al cooperador necesario que no interviene en los hechos sexuales, pero que a efectos punitivos se considera autor, conforme al art. 28 B) CP). Si fue determinada por la propia víctima, o por un tercero no partícipe en los hechos delictivos, deben ser encajados en el tipo básico. Se requiere que la víctima no tenga conciencia de la realidad, o teniéndola, no sea capaz de tomar una decisión, positiva o negativa, relativa al contacto sexual. No es suficiente, pues, con un aturdimiento, aunque sea intenso.

E.9 Casos en que concurren dos o más de las circunstancias anteriores

Se plantea el problema de la proporcionalidad del marco penal que puede llegar a ser superior al propio del homicidio.

E.10. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años

Debe tenerse en cuenta que en los casos en los que el autor es funcionario público y la víctima resulta ser simultáneamente un administrado y tener una aspiración dependiente de aquél, debe considerarse el delito del art. 443 CP, el cual se refiere a las

hipótesis de mera solicitud, por lo que no es necesario que se acceda a la petición. En este último caso, el art. 444 CP parece construir un concurso de delitos, el cual debe entenderse que será ideal (art. 77 CP), atendiendo a la pluralidad de bienes jurídicos protegidos por una y otra norma.

La pena de inhabilitación absoluta se regula en el art. 41 CP. Plantea la duda de su proporcionalidad en los casos en los que se aplique el tipo atenuado del art. 178.2 CP, el cual puede ser sancionado con una mera multa, mientras que la inhabilitación absoluta alcanza, al menos, los seis años.

4. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

A) ESTRUCTURA LEGAL

Bajo la rúbrica «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», el Capítulo II del Título VIII contiene diversos preceptos. El art. 181 CP regula las agresiones sexuales a menores de dieciséis años en sentido estricto. En el art. 182 CP se encuentra el delito de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual. El art. 183.1 CP tipifica el delito de *child grooming*. El art. 183.2 CP el acoge el delito de embaucamiento o sexting. Por fin, el art. 183 bis CP establece una cláusula reguladora del consentimiento del menor de dieciséis años.

B) EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES A MENOR DE DIECISÉIS AÑOS, ART. 181 CP.

B.1. *Bien jurídico*

En sintonía con la rúbrica del Título, debe considerarse que se tutela la indemnidad sexual del menor (sobre tal concepto vid. el supra 1.A).

B.2. *Sujeto pasivo*

Sujeto pasivo tiene que serlo un menor de dieciséis años.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que los menores de dieciséis mantengan relaciones sexuales consentidas con una persona «próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez» (art. 183 bis CP). Se precisa, pues, para excluir la responsabilidad en caso de contacto sexual con el menor de dieciséis tres requisitos cumulativos:

a) Que el autor sea una persona próxima al menor por edad. Es problemático decidir qué debe entenderse por «proximidad» en la edad. La Ley pretende evitar que intervenga la jurisdicción de menores en los relativamente frecuentes casos en los que hay relaciones sexuales consentidas entre menores de dieciséis años. Sin embargo, nada impide que se aplique la cláusula cuando el autor ya ha cumplido esa edad o incluso tiene más de dieciocho años. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal sostiene que a partir de los 21 años solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación.

b) Que el autor sea una persona próxima al menor por grado de desarrollo o madurez. La Ley distingue entre cercanía en grado de desarrollo o madurez. Ello puede interpretarse en el sentido de que el grado de desarrollo es un factor físico, mientras la madurez alude a factores de carácter intelectual.

c) Que no concurran las circunstancias previstas en el art. 178.2 CP, esto es, cuando concorra violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad sobre la víctima, abuso de una situación de vulnerabilidad del menor, se halle privado de sentido, se abuse de su situación mental o cuando tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

La CFGE 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater CP diferencia diversos rangos de edad. En síntesis:

a) los impúberes (no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual) están protegidos en todo caso.

b) Los menores de trece años que han alcanzado la pubertad (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años).

c) Los menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus «iguales jóvenes»).

B.3. *Tipo básico: art. 181.1 CP*

B.3.1. *Conducta objetivamente típica.* Se refiere la Ley a la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años. Se capta con ello conductas muy heterogéneas, caracterizadas por la necesaria intervención en ellas del autor:

a) Actos sexualmente significativos de muy diversa índole, especialmente el contacto físico del autor con zonas sexualmente significativas del cuerpo de la víctima.

b) Más problemáticas son aquellas acciones que no implican tal contacto físico directo. En general, ha de entenderse que todas ellas integran la prohibición penal por la amplitud de la configuración legal.

EJEMPLOS: Determinar al sujeto pasivo a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo (STS de 5 de junio de 2003); a desnudarse delante del autor, etc.

No se captan los casos de exhibicionismo (arts. 182 CP y 185 CP).

B.3.2. *Tipo subjetivo.* Se requiere la presencia de dolo. El error de tipo, vencible o no, determinará la impunidad (art. 14.1 CP), al no estar prevista la comisión meramente culposa o imprudente (vid. la STS de 25 de noviembre de 2008 y el voto particular).

EJEMPLO: El sujeto mantuvo relaciones sexuales consentidas con una persona de edad inferior a dieciséis años, toda vez que el grado de desarrollo físico y psicológico del sujeto pasivo le hizo creer razonablemente que su edad era superior.

Además del dolo, de forma análoga a lo que ocurre con las agresiones sexuales a adultos, se plantea la problemática de si es preciso que concorra un especial elemento

subjetivo de lo injusto consistente en el ánimo lascivo o lúbrico. Nos remitimos a lo expuesto supra, 2.B.3.

B.4. *Tipo agravado: art. 181.2 CP*

Se incrementa la pena cuando los actos de naturaleza sexual se llevan a cabo concurriendo las circunstancias del art. 178 CP, esto es, violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

EJEMPLO: Obligar a la víctima menor a masturarse en público (STS de 18 de diciembre de 1996).

B.5. *Tipo hiperagravado: art. 181.3 CP*

Está expresamente contemplado como supuesto particularmente agravado, en el apdo. 3 del art. 181 CP, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de objetos por cualquiera de las dos primeras vías. En cuanto al alcance de tales expresiones, vid. supra 2.C.2.2. No se ha mantenido aquí el *nomen iuris* «violación», sustituido por la expresión «agresión sexual a un menor», probablemente con la finalidad de limitar el estigma sobre la víctima.

La pena prevista lo es de diez a quince años de prisión (cuando concurra violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad) y de prisión de seis a doce años (cuando no concurran tales circunstancias).

B.6. *Circunstancias agravantes*

Previstas en el art. 181.4 CP, son ampliamente coincidentes con las previstas en el art. 180.1. CP con algunos matices.

- a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas (vid. supra 2.E.2, lo expresado en relación con el art. 180.1. 1.^a CP).
- b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (vid. supra 2.E.3, lo expresado en relación con el art. 180.1. 2.^a CP).
- c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

Son válidas las consideraciones efectuadas en relación con el art. 180.1. 3.^a CP (vid. supra 2.E.4). Se presume *iuris et de iure* esa especial vulnerabilidad de la víctima menor de cuatro años de edad, si bien la configuración legal no impide su apreciación en supuestos de edad superior (por ejemplo, cinco o seis años o más años). Para ello sería

preciso razonarlo expresamente en la sentencia, lo cual no parece particularmente complejo en los casos citados.

d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia. Son válidas las consideraciones efectuadas en relación con el art. 180.1. 4.^a CP (vid. supra 2.E.5). No obstante, aquí la Ley se refiere directamente a la «pareja» del autor, en la medida en que no es posible conforme a la legislación española el matrimonio por debajo de los dieciséis años (arts. 46.1 CC, 241 CC).

e) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Son válidas las consideraciones efectuadas en relación con el art. 180.1. 5.^a CP (vid. supra 2.E.6).

f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis. Son válidas las consideraciones efectuadas en relación con el art. 180.1. 6.^a CP (vid. supra 2.E.7).

g) Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Son válidas las consideraciones efectuadas en relación con el art. 180.1. 7.^a CP (vid. supra 2.E.8).

h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

Se fundamenta en un especial desvalor de acción, esto es, en la especial peligrosidad de tal supuesto, derivada de la sinergia que genera la acumulación de voluntades delictivas. A fin de delimitar qué debe entenderse por «organización o grupo criminal» se ha de recurrir a la definición proporcionada en el art. 570 bis, párrafo segundo CP.

B.7. Tipo atenuado: art. 181.2, párrafo segundo CP

En los casos en los que no haya acceso carnal, ni concurran las circunstancias agravantes del art. 181.4 CP, se puede atenuar la pena «en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable». Son válidas las consideraciones efectuadas supra 2.D en relación con el art. 178.3 CP), si bien la atenuación en este caso nunca podrá llegar a la imposición de una pena de multa, como acaece en el Derecho penal sexual de mayores de dieciséis años.

EJEMPLO: Los casos en los que se determina al menor a mantener conversaciones eróticas con el autor.

C) EL DELITO DE HACER PRESENCIAR A UN MENOR DE DIECISÉIS AÑOS ACTOS DE CARÁCTER SEXUAL (182 CP)

C.1. Tipo básico

Tipifica el art. 182.1 CP la conducta consistente en hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. De esa forma, parecen captarse todo caso en que se hace visualizar al menor cualquier conducta sexual protagonizada por el autor o por terceros. Encajan en la Ley los casos de presencia física del menor, pero también aquellos en los que se visualiza el acto sexual a través de medios como una webcam, así como los de visionado posterior de una grabación (literalmente el delito del art. 182.1 CP consiste en hacer presenciar actos de carácter sexual y, en caso de reproducción de una previa grabación, es lo que acaece). El simple permitir la asistencia a espectáculos de naturaleza sexual es una conducta omisiva que difícilmente es compatible con el tenor literal del tipo y los requisitos del art. 11 CP.

EJEMPLOS: La exhibición de los órganos sexuales, incluida la masturbación. El sujeto patentemente se acaricia sus órganos sexuales por debajo de la ropa, pero sin exhibirlos (SAP Cuenca de 25 de mayo de 2006). También está presente el delito cuando intervienen una pluralidad de sujetos activos que realizan el acto sexual, homosexual o heterosexual delante del menor de dieciséis años.

El problema central es la delimitación de esta modalidad comisiva del delito del art. 185 CP (ejecutar o hacer ejecutar actos de exhibición obscena delante de menores o incapaces). La cuestión permanece abierta, pero se puede entender que el art. 182.1 CP se aplica a los casos en los que la víctima es menor de dieciséis y el art. 185 CP a los supuestos de víctimas mayores de esa edad, pero menores de dieciocho. Tal intelección casa con la diferencia de pena, toda vez que el art. 185 CP se encuentra menos castigado que el art. 182.1 CP.

De igual forma, se plantea la relación concursal con el delito del art. 186 CP («el que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad»), si se acepta que el delito del art. 182.1 CP puede ser llevado a cabo mediante la reproducción de una previa grabación ante el menor de dieciséis. La solución puede ser la misma que en el caso anterior: el art. 182.1 CP se aplica a los casos en los que la víctima es menor de dieciséis y el art. 186 CP a los supuestos de víctimas mayores de esa edad, pero menores de dieciocho.

Si se hace presenciar pornografía infantil entra en consideración el delito del art. 189.1 b) CP.

C.2. Tipo agravado. Hacer presenciar actos de carácter sexual que constituyan un delito contra la libertad sexual

La conducta coincidente con la descrita en el apartado anterior, si bien el acto sexual visualizado tiene que ser constitutivo de delito y, por consiguiente, ha de estar descrito dentro del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal. No es necesario la condena formal para ello. El problema lo constituye la referencia a los delitos «contra la libertad sexual», que hace surgir la cuestión de los casos en los que se hace presenciar un delito contra la indemnidad sexual (por ejemplo, el menor visualiza agresiones sexuales a menores de edad). Las opciones interpretativas son dos.

a) Cabe entender que se trata de una laguna punitiva, toda vez que se trata de dos bienes jurídicos diferenciados.

b) Es posible entender que la libertad sexual es un concepto más amplio que el de indemnidad sexual y lo abarca, por lo que la conducta sería punible (interpretación que se apoyaría en la rúbrica misma del Título VIII, referida exclusivamente a los delitos contra la libertad sexual).

D) *CHILD GROOMING* O CIBERACOSO SEXUAL INFANTIL 183.1 CP

En la reforma del CP de 2010 se introdujo el delito hoy contenido en el art. 183.1 CP que responde a lo que se viene denominando *child grooming* o ciberacoso sexual infantil, la realización de actos con el fin de reducir los frenos inhibitorios de niños, menores de dieciséis años, como medio para facilitar el contacto sexual con ellos: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento».

D.1. *Bien jurídico*

Debe estimarse que se encuentra orientado a la tutela de la indemnidad sexual del menor de dieciséis años. No obstante, determinadas construcciones han sostenido que se tutelan bienes jurídicos de carácter supraindividual como, entre otros, la seguridad de la infancia en el uso de las TIC's.

D.2. *Tipo objetivo*

D.2.1. *Sujeto activo*. La Ley no limita los potenciales sujetos activos a los adultos, pudiendo serlo un menor. Debe tenerse en cuenta la cláusula del art. 183 bis CP.

D.2.2. *Sujeto pasivo*. Ha de serlo necesariamente un menor de dieciséis años.

D.2.3. *Conducta típica*. La Ley ha configurado un tipo mixto acumulativo que exige una pluralidad de actos. Por una parte, se requiere contactar con un menor de dieciséis años; por otra, proponer un encuentro; por último, la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.

a) En cuanto al contacto con el menor debe realizarse por los medios establecidos en la Ley que, en definitiva, captan cualquier cauce que no sea el directo corporal («internet, el teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación»).

b) Por lo que respecta a la proposición de encuentro, debe entenderse como propuesta de encuentro físico con el menor, quien no tiene necesariamente que haberlo aceptado.

c) Finalmente, debe haber actos de acercamiento.

EJEMPLO: El sujeto se desplaza desde la ciudad en la que reside hasta la del menor; se suceden visitas a su centro escolar, merodea la residencia habitual de la víctima, etc.

Se ha propuesto interpretar que es suficiente con un acercamiento virtual, si bien, tratándose de un tipo delictivo que eleva a la condición de delito autónomo lo que

materialmente no son más que actos preparatorios, se impone una interpretación restrictiva excluiría tales supuestos.

En cualquier caso, debe entenderse que la Ley ha tipificado expresamente tanto actos preparatorios de los delitos de los arts. 181 CP (agresiones sexuales a menores de diecisésis años) y 189 CP (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual de menores) que, de lo contrario, serían impunes, como actos de tentativa de los mismos delitos. En estas últimas hipótesis, la comparación de penas puede llevar a concluir que la aplicación del art. 183.1 CP acabaría privilegiando al autor de los hechos, por lo que debería optarse por la regla de la alternatividad del art. 8.4 CP.

D.3. *Hipótesis agravadas*

Conforme a la disposición legal, las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. La referencia a la coacción resulta extraña en la medida en que para que haya un despliegue de violencia el acercamiento ya se debe haber verificado. Por lo que respecta a la intimidación, su inclusión es distorsionadora, puesto que plantea el problema del concurso con el correspondiente delito de amenazas, cuya apreciación autónoma llevará normalmente a un resultado punitivo superior. En tal situación debe recurrirse al principio de alternatividad del art. 8.4 CP. Más sentido tiene el engaño, pero se corre el riesgo de vaciar de contenido al tipo básico, ya que lo normal será que el sujeto utilice alguna clase de artimaña como excusa para iniciar el contacto.

D.4. *Tipo subjetivo*

Además del dolo, se requiere que los hechos cursen con un ulterior elemento subjetivo de lo injusto: la voluntad de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 181 y 189 CP, lo cual presenta significativos problemas de prueba.

D.5. *La cláusula concursal «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»*

La Ley parece construir un conflictivo concurso de delitos. Sin embargo, carece de sentido penar por el delito de peligro (183.1 CP) y también por el delito de lesión (181 CP), aplicando las reglas del concurso real.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 8 de noviembre de 2017 sostuvo que cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su indemnidad sexual «el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el art. 183 ter 1 del Código penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los arts. 183 y 189».

E) EL DELITO DE EMBAUCAMIENTO DE MENORES O *SEXTING* (ART. 183.2 CP)

E.1. *Caracterización general*

La LO 1/2015 introdujo el delito hoy ubicado en el art. 183.2 CP y que castiga al que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la

comunicación contacte con un menor de diecisésis 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 un menor.

E.2. *Tipo objetivo*

E.2.1. *Sujeto activo.* El ilícito se encuentra diseñado como un delito común. Nuevamente, la Ley no limita los potenciales sujetos activos a los adultos, pudiendo serlo un menor, si bien debe tenerse en cuenta la cláusula del art. 183 bis CP.

E.2.2. *Sujeto pasivo.* Ha de serlo un menor de diecisésis años.

E.2.3. *Conducta objetivamente típica.* Se trata de un delito de dos actos, o plurisubstancial, que requiere, por una parte, contactar con el menor por medios tecnológicos y, por otra, la realización de actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. Entre ambas, se requiere una conexión de medio a fin: se contacta para obtener el citado material.

a) Por lo que concierne a la primera exigencia (el contacto con el menor de diecisésis años a través de medios tecnológicos), debe considerarse que sin ella no es posible apreciar este delito.

EJEMPLO: Piénsese en el profesor de un colegio que pidiese directamente el material a sus alumnos en el curso de actividades extraescolares, prescindiendo de Tuenti, Facebook, Instagram, del correo electrónico, etc. La acción no encajaría en el art. 182.2 CP, pues, ni el previo contacto acaece a través de medio tecnológico alguno (si no en el seno de la relación escolar), ni se encuentra orientado a obtener el material pornográfico (la relación académica tiene otros fines).

b) Por lo que concierne a la segunda exigencia, «embaucar» supone «engañosamente... prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado». Incluiría, pues, la simple petición de material pornográfico (previo contacto y utilizando alguna clase de medio tecnológico), no acompañada de nada más. También encajarían los supuestos de engaño directo, por ejemplo, en cuanto al destino del material.

EJEMPLO: el autor engaña al menor indicándole que el material pornográfico será empleado para la promoción de la víctima como modelo.

Más complejos se muestran los casos de amenaza de cualquier forma al menor para que entregue el material, en los que no hay engaño al no ocultar el autor su intencionalidad sexual. En tales hipótesis, en las que no hay embaucamiento alguno, probablemente, se requeriría acudir a los delitos de amenaza común (incluido el chantaje del art. 171.2 CP). Del mismo modo, si el contacto se produce para que el menor facilite el material a un tercero, sin pasar por el autor, los hechos deberían ser considerados impunes, lo que constituye una laguna legal.

c) Para el concepto de material pornográfico, vid. el comentario al delito del art. 189.1 b) CP (Tema 13). No es necesario que el material muestre imágenes del menor con el que se traba contacto (puede ser una representación de otro menor, por ejemplo, un amigo).

Tampoco es preciso que tal material sea efectivamente facilitado o la imagen mostrada para calificar el delito como consumado.

5. ACOSO SEXUAL

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Contenido en el Capítulo III del Título VIII, del Libro Segundo, art. 184 CP. Se ha construido un delito pluriofensivo, donde lo tutelado es tanto la libertad sexual como la propia dignidad o integridad moral de la persona. Por lo que respecta a lo primero, resulta claro, a la vista tanto de la ubicación sistemática del precepto, como de su propia configuración, en la que tiene que estar presente una solicitud de favores sexuales (se trataría de un delito de peligro). En cuanto a la dignidad o integridad moral (prescindimos de la distinción entre ambos conceptos), se deduce de la exigencia de que se produzca como consecuencia una situación grave y objetivamente humillante (vid. STS de 1 de diciembre de 2006, Sala 5.^a; voto particular de Maza Martín a la STS de 7 de noviembre de 2003; vid. art. 7.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006; en todos se incluye en la definición de acoso sexual referencias a la dignidad de la persona).

B) SUJETOS DEL DELITO

Sujeto activo puede serlo tanto un hombre como una mujer, si bien, criminológicamente, lo más frecuente es que sea un hombre. Se trata de un delito especial propio si se considera que entre el sujeto activo y pasivo debe existir una cierta relación, laboral docente, de prestación de servicios o análoga, conceptos que examinamos *infra*.

C) TIPO BÁSICO

Regulado en el art. 184.1 CP. Implica la presencia de tres elementos.

a) La acción debe consistir en la solicitud de favores de naturaleza sexual a otra persona, bien para el propio solicitante, bien para un tercero. No es suficiente con la formulación de expresiones de contenido sexual o de escaso gusto, sino que implica requerir a la víctima para que realice actos sexualmente significativos de cualquier índole, impliquen o no un contacto físico entre el sujeto activo y la víctima.

EJEMPLOS: Puede demandarse la realización del coito heterosexual, prácticas homosexuales de cualquier índole, tocamientos sobre el cuerpo del sujeto activo, de un tercero o de la propia víctima, para que sean presenciados por el solicitante o por otra persona.

Puede sostenerse que es un requisito implícito la existencia de una cierta reiteración de actos. Tal intelección quizá pudiera apoyarse en la rúbrica del Capítulo referida al

«acoso sexual», expresión esta última que no aparece en el la redacción del tipo, pero que parece implicar esa necesidad de una pluralidad de actos. No obstante, literal y fácticamente no puede descartarse que, de forma excepcional, de la intensidad del requerimiento aislado y de las circunstancias pudiera derivarse la existencia del delito.

El tipo no requiere que los favores se soliciten para el propio sujeto activo, sino que es posible que la solicitud sea para otra persona, cuyo sexo resulta indiferente (realización de actividades de intermediación o celestinaje).

Los medios por los cuales se solicite el favor sexual son indiferentes.

EJEMPLOS: La demanda de favores sexuales se puede realizar oralmente, por escrito, a través de redes sociales de cualquier índole, por medio de la realización de dibujos obscenos, gestos, memes, etc. (STS de 7 de noviembre de 2003).

Finalmente, es suficiente con una mera solicitud, sin necesidad de que se obtenga el contacto sexual.

b) Se exige que la solicitud se realice en un determinado contexto. Éste debe ser una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual. Tal relación no debe implicar una relación de superior a inferior, sino que debe producirse entre iguales: compañeros de trabajo, compañeros de estudios, etc., por lo que se hablado de acoso ambiental u horizontal. La razón estriba en que el apartado segundo del art. 184 CP es el que acoge las hipótesis en las que está presente una relación jerárquica. Incluso, el tenor del precepto no se opone a que se produzca el hecho de subordinado a superior, aun cuando sea difícilmente imaginable en la práctica.

La más compleja referencia a la prestación de servicios o análoga puede integrarse, entre otras, por situaciones como cualquier relación comercial con clientes.

EJEMPLOS: El abogado de oficio requiere a su clienta, extranjera y sin medios económicos, insistente durante meses peticiones de relaciones sexuales, utilizando, con frecuencia, un lenguaje procaz, acompañado de gestos obscenos, en ocasiones, incluso en público. Resultan, asimismo, captados, los casos en los que quien lleva a cabo tal conducta es un arquitecto, vendedor, etc. a sus respectivos clientes (o a la inversa) o un profesor a su compañera de trabajo o personal de administración del centro docente.

Dudosos se presentan algunos casos en los que el servicio no se presta por el autor a la víctima o a la inversa, sino por terceros en un ámbito al que pertenecen ambos. Sin embargo, la amplitud de la referencia legal a una relación «análoga» a la de servicios permite captarlo.

EJEMPLOS: Los sujetos activo y pasivo son miembros de cualquier clase de asociación o club, social, deportivo, cultural, vecinos, etc. También caben las relaciones entre abogado y procurador, aun cuando, en este último caso, entre ellos no hay propiamente una relación de servicios (el procurador no da un servicio al abogado, sino a un tercero, cual es el justiciable).

Si el hecho tiene lugar fuera del marco estricto al que se refiere la Ley, la conducta será impune o constituirá otro delito.

EJEMPLO: El compañero llama insistentemente por teléfono a su compañera de trabajo, demandando contacto sexual, siempre desde su casa y al domicilio de ésta, manteniendo en todo caso en el trabajo una actitud perfectamente correcta.

c) Es preciso un determinado resultado, sin el cual no hay delito, o permanece en el marco de la tentativa (STS de 7 de noviembre de 2003). No obstante, en alguna resolución judicial, se ha estimado como condición objetiva de punibilidad (SAP Castellón de 31 de julio de 2002). Consiste en provocar en la víctima una situación grave y objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. Se trata de conceptos valorativos difíciles de precisar. En todo caso, hay que indicar que no basta con que el sujeto pasivo se sienta vejado, sino que es precisa una valoración objetiva, acudiendo al baremo del espectador objetivo o del hombre medio (SAP Castellón de 31 de julio de 2002).

En cuanto a la situación gravemente intimidatoria, genera problemas concursales tanto con las amenazas de un mal no constitutivo de delito, como con la tentativa de agresiones sexuales que examinamos *infra*.

La situación gravemente hostil puede estar presente en los casos en los que se margina a la trabajadora que no accede a los deseos del sujeto activo.

La humillación, aunque dotado de un fuerte contenido valorativo, puede estar presente en los casos de ridiculización del sujeto pasivo.

No es preciso un ulterior resultado (especialmente la aceptación por parte de la víctima o que se llegue al contacto físico), en cuyo caso la problemática se trasladaría al ámbito de los delitos de agresiones sexuales (vid. *infra* problemas concursales).

D) TIPOS AGRAVADOS

D.1. *El acoso sexual jerárquico: art. 184.2 CP*

Se caracteriza porque a los elementos anteriores del tipo básico se le suman dos más, configurados alternativamente. Por una parte, la situación de superioridad del autor. Por otra, el anuncio expreso o tácito de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima en el ámbito de esa relación.

a) La situación de superioridad del autor puede venir dada por la relación laboral, docente o de otro carácter, siempre que sea actual. Tienen un dudoso encaje legal las hipótesis en las que la solicitud sexual tiene lugar por parte de quien tiene el poder de emplear a la víctima que todavía no ha obtenido el trabajo (tampoco, en tal caso, la relación sería continuada o habitual) o el hecho tiene lugar fuera del marco estricto al que se refiere la Ley.

EJEMPLO: El jefe llama insistentemente por teléfono a su subordinada, requiriéndola sexualmente, siempre desde su casa y al domicilio de ésta, manteniendo en el trabajo una actitud correcta.

Es indiferente a los efectos del tipo que la relación laboral esté válidamente constituida o que, por el contrario, se efectúe contraviniendo los requisitos establecidos

en el derecho laboral (por ejemplo, relativos a la edad del trabajador, etc.). Sí que puede estar presente dentro de la Administración, entre los trabajadores cuando exista una relación jerárquica entre ellos.

La relación de superioridad no podrá ser la que ostenta el alcalde frente a los concejales (la STS de 7 de noviembre de 2003, en la que se aplicó el tipo básico; con voto particular), ni el funcionario respecto del particular que tiene una pretensión pendiente de la resolución de aquél (art. 443 CP).

b) El último elemento lo constituye *el anuncio expreso o tácito de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima en el ámbito de esa relación*. Estamos, pues, ante una amenaza que habrá de revestir los caracteres comunes de seriedad, gravedad y verosimilitud. Se trata del elemento que suscita las mayores críticas ya que resulta difícil deslindar este precepto del de amenazas condicionales (vid. *infra* lo expresado en las relaciones concursales).

EJEMPLOS: El profesor sugiere que va a suspender a la alumna; el empresario que va a despedir o impedir el ascenso a su empleada, etc.

D.2. *Tipo agravado 184.3 CP*

Está presente el tipo agravado cuando el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal. Debe tenerse en cuenta el delito del art. 443.2 CP. Éste se refiere al funcionario que solicita sexualmente a una persona sometida a su guarda en un centro de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal. Formulado en otros términos, este último delito se consuma con la mera solicitud, sin necesidad de que se produzca el resultado gravemente hostil, intimidatorio o humillante que demanda el art. 184.3 CP. Sin embargo, mientras la pena del delito del art. 443.2 C es de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la del art. 184.3 CP es de prisión de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses. En definitiva, es más grave la pena por la mera solicitud del funcionario de centros de protección, reforma de menores, internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia que la por la solicitud del mismo sujeto cuando, además, se produce un resultado intimidatorio, hostil o humillante. Seguramente por ello mismo, el art. 183.4 CP introduce la cláusula «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2». De ello se deduce que la Ley parece haber construido un concurso de delitos en estos específicos casos. El problema es que carece de sentido que siempre que se produzca esa situación hostil, humillante o intimidatoria se deba aplicar conjuntamente el art. 184.3 y el 443.2 CP. Como solución cabría entender que el delito del art. 443.2 CP desplaza al tipo agravado del art. 184.3 CP sobre la base del principio de alternatividad.

D.3. *Especial agravación por razón de especial vulnerabilidad de la víctima*

El art. 184.3 CP agrava la pena cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». Resulta particularmente difícil su concreción

en la medida en que se trata de un elemento normativo de carácter exclusivamente valorativo. Podrían ser válidas las situaciones en las que se aplica la circunstancia agravante del art. 180.1. 3.^a CP, con cuya redacción esencialmente coincide.

EJEMPLO: Cabría considerarla cuando la víctima sea emigrante, sin apoyo familiar, madre soltera, en paro —particularmente necesitada del empleo—.

E) TIPO SUBJETIVO

Se requiere dolo, que debe abarcar el resultado, la situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. No se requiere ningún especial elemento subjetivo del tipo.

F) PROBLEMAS CONCURSALES

F.1. *Casos en los que la víctima llega a acceder a los deseos del autor*

El TS afirma que las agresiones sexuales desplazan al acoso sexual sobre la base del principio de consunción (STS de 7 de noviembre de 2003). No obstante, si se acepta que el bien jurídico es la dignidad, junto con la libertad sexual, con tal solución no se agota el contenido de injusto.

EJEMPLO: «...nos encontramos con dos acciones constitutivas de sendas violaciones (penetración vaginal con uso de armas blancas) acaecidas en septiembre y octubre 2009, separadas, por tanto, temporalmente de una conducta del acusado iniciada en marzo 2009, cuando comenzó la relación laboral y prolongada varios meses con tocamientos, comentarios humillantes y exigencias sexuales» (STS de 30 de abril de 2013).

F.2. *Relación con las amenazas*

Puede plantearse tanto en el marco del tipo básico, como en el del agravado. En cuanto al primero, en cuanto se requiere como resultado una situación gravemente intimidatoria. En cuanto al segundo, hay una coincidencia con la amenaza condicional, cuando se requiere el anuncio expreso o tácito de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima. Por ello, el art. 184 CP añade poco a lo ya existente. Su introducción produce un efecto distorsionador ya que el acoso sexual está sancionado con una pena más leve que la de los arts. 169 y 171.1 CP. Se ha propuesto para evitar tal consecuencia la aplicación de la regla 4.^a del art. 8, principio de alternatividad.

F.3. *Lesiones*

Si se hubiesen causado secuelas psíquicas, el acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de 10 de octubre de 2003, en relación con las agresiones sexuales, entiende que ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por el principio de consunción —art. 8.3 CP—, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil (vid., asimismo, en el acoso sexual, la STS de 7 de noviembre de 2003).

F.4. Tentativa de agresiones sexuales

Se plantean también problemas de delimitación con la tentativa de agresiones sexuales, cuando el resultado sea una situación gravemente intimidatoria. Es posible entender que cuando la conducta es objetivamente idónea, conforme al criterio de un espectador objetivo, para forzar el consentimiento, se transita al expresado campo de la tentativa de agresiones sexuales.

I) RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El delito se ha incorporado al catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas (art. 184.5 CP), en la reforma operada por medio de la LO 10/2022 de 6 de septiembre.

LECCIÓN XIII. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL (II)

1. EL DELITO DE EXHIBICIONISMO (ART. 185 CP)

A) REGULACIÓN Y BIEN JURÍDICO

Dispone el art. 185 CP: «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses». Parece oportuno asumir que se protege la indemnidad sexual, de conformidad con la rúbrica del Título VIII y las consideraciones que efectuábamos en la Lección 12, 1 A).

B) TIPO OBJETIVO

B.1. *Ejecutar o hacer ejecutar*

La ejecución va referida a los casos de autoría inmediata individual (o pluriautoría). Puede llevarse a cabo presencialmente o a través de medios tecnológicos, si bien se requiere la actualidad de la conducta, ya que, de lo contrario, ésta se enmarcaría en el art. 186 CP.

EJEMPLO: El acusado obligó a presenciar cómo el actor se masturbaba en presencia de la víctima eyaculando sobre su ropa (STS de 5 de junio de 2003). El acusado se masturbaba delante de la webcam, pidiendo a las menores que se desnudaran (SAP Madrid de 27 de abril de 2018).

La expresión «hacer ejecutar» tiene el sentido de cerrar el paso a la impunidad a través de intelecciones que excluyan la autoría mediata del ámbito de aplicación del tipo, por entender que estamos ante un delito de propia mano. Por consiguiente, se captarían los casos en los que el sujeto de delante no resulta responsable de sus actos, habitualmente por ser inimputable (por ejemplo, presenta una anomalía o alteración psíquica, o es menor). No está justificada una intelección que incluya en el ámbito del tipo la inducción, esto es, los casos en los que quien materialmente ejecuta los actos obscenos es plenamente responsable de sus actos. Tales casos se punirían por medio del art. 28 A) CP.

Desde el punto de vista negativo, en ambos casos (ejecutar o hacer ejecutar), no debe concurrir violencia o intimidación, porque se transitaría al campo de las agresiones sexuales de los arts. 178 CP y 183.2 CP, que prevén una pena más grave (vid STS de 1 de febrero de 2012). Asimismo, no debe llegarse al contacto físico, pues ello supondría incurrir en el delito de agresiones sexuales.

EJEMPLO: El acusado obligó un joven adolescente a masturbarse en público, lo que fue calificado como agresión sexual (STS 24 de junio de 2002, de 29 de diciembre de 2009).

B.2. *Actos de exhibición obscena*

Se requiere un cierto contenido sexual que puede ser de muy diversa índole.

EJEMPLOS: Lo más frecuente conforme a la experiencia jurisprudencial es la exhibición de los órganos sexuales. Sin embargo, se ha apreciado en hipótesis en la que el sujeto patentemente se acaricia sus órganos sexuales por debajo de la ropa, pero sin exhibirlos (SAP Cuenca de 25 de mayo de 2006), pudiendo consistir también en una masturbación o en la realización del acto sexual, homosexual o heterosexual.

En el límite por fuera se encuentran los supuestos en los que se ejecutan meros gestos que en el lenguaje cotidiano se calificarían como «obscenos». En todos estos casos, se puede entender que tales acciones no afectan al bien jurídico, porque no son expresiones de la sexualidad del autor. No puede haber un derecho a la distancia de lo que no es intrínsecamente sexual.

EJEMPLOS: El salto desprovisto de ropa en acontecimientos deportivos o el paseo desnudo por espacios públicos o playas, nudistas o no.

B.3. *Sujeto pasivo: los menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*

Tales actos han de realizarse ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 25, párrafo segundo CP).

En uno u otro caso, la conducta debe ser no consentida, en la medida en que carecería de sentido que el Derecho penal dejase impunes las relaciones sexuales consentidas de los mayores de dieciséis años y 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 dieciséis años, con o sin experiencia sexual, donde la jurisprudencia parece optar por la punición (STS de 30 noviembre de 2017).

Por lo que concierne a la referencia a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo (antes se hacía referencia a los «incapaces»), ha de ser interpretada armónicamente con lo dispuesto en el art. 25 CP. En todo caso, su campo de aplicación es muy reducido, al no ser fácil concebir supuestos de mayores de edad que estén precisados de especial protección en este específico campo.

C) TIPO SUBJETIVO

La conducta sólo es punible cuando se lleve a cabo dolosamente. El dolo debe proyectarse sobre todos los aspectos reseñados: se debe conocer que la persona ante la que se realizan los actos citados es menor de edad o persona discapacitada con especiales necesidades de protección. En caso contrario, se trataría de un error de tipo que determinaría la impunidad de los hechos (SAP Barcelona de 6 de octubre de 2008).

Es frecuente que se exija, asimismo, un ánimo o tendencia lasciva en el autor, pues de lo contrario, se argumenta, se correría el riesgo de penalizar determinadas hipótesis, como el nudismo en playas o plazas públicas. Sin embargo, debe descartarse la exigencia de elementos subjetivos de lo injusto no expresamente contemplados en la Ley, en la medida en que implicaría introducir elementos típicos por parte del intérprete que sustituiría de esa manera las funciones del legislador. Los casos citados de nudismo en playas públicas o como manifestación de protesta, por ejemplo, pueden ser tratados desde múltiples perspectivas. Por una parte, objetivamente es dudoso que la mera exhibición del cuerpo desnudo constituya, sin más, un acto de exhibición obscena. Por otra, cabe la posibilidad de que estemos ante supuestos de ejercicio legítimo de un derecho (piénsese, entre otras, en manifestaciones cicloturistas de personas desnudas), en la medida en que transcurran dentro de los límites de lo permitido por quien desde el punto de vista del Derecho administrativo ostenta competencias en la materia.

D) CULPABILIDAD

Puede tener especial importancia la cuestión de la imputabilidad del sujeto activo, esto es, la presencia de una alteración o anomalía psíquica, en la medida en que habitualmente estamos ante un trastorno descrito, por ejemplo, en el DSM-5. La jurisprudencia se muestra reacia a admitirla como tal causa de exclusión de la culpabilidad, salvo que vaya asociada a una enfermedad mental, por ejemplo, cuando quien la lleva a cabo padece síndrome de Down, (STS 28 de enero de 1981).

E) CONCURSOS

Si los hechos tienen como destinatarios una pluralidad de sujetos pasivos, deberá apreciarse un concurso ideal de delitos.

Por último, un problema central viene constituido por la delimitación del art. 185 CP de la figura del art. 182.1 CP. La cuestión permanece abierta, pero se puede entender que el art. 182.1 CP se aplica a los casos en los que la víctima es menor de dieciséis y el art. 185 CP a los supuestos de víctimas mayores de esa edad, pero menores de dieciocho (o discapacitados con especiales necesidades de protección). Tal intelección casa con la diferencia de pena, toda vez que el art. 185 CP se encuentra menos castigado que el art. 182.1 CP.

2. EL DELITO DE PROVOCACIÓN SEXUAL (ART. 186 CP)

A) REGULACIÓN Y BIEN JURÍDICO

El art. 186 CP dispone: «El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad

necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Como en el caso del delito precedente, ha de asumirse que se protege la indemnidad sexual, de conformidad con las consideraciones efectuadas en la Lección 12, 1 A).

B) TIPO OBJETIVO

B.1. *Modalidades de conducta*

La Ley ha construido un tipo mixto alternativo en el que diferencia tres modalidades de conducta prohibida (STS de 14 de diciembre de 2017):

a) Venta: Consiste en el intercambio o la enajenación en la que medie precio, bien en dinero, bien en otra especie valorable económicamente.

b) Exhibición: Implica mostrar o colocar delante del sujeto pasivo el material pornográfico, lo que incluye, por ejemplo, la proyección en una sala cinematográfica, en un contexto doméstico, etc. En el límite se encuentra el envío de un correo electrónico o de una imagen a través del teléfono móvil a un solo destinatario, si bien difícilmente se puede catalogar como exhibición (vid., sin embargo, SAP Zaragoza de 20 de septiembre de 2007).

c) Difusión: Supone la transmisión del material a una pluralidad indeterminada de menores o incapaces (no bastaría, pues, a un grupo de destinatarios perfectamente determinables, por ejemplo, en un grupo de WhatsApp), siempre que no se encuentre dentro de las modalidades anteriores de venta o exhibición.

Cualquiera de las tres modalidades comisivas ha de realizarse «por cualquier medio directo». Se trata de un requisito especialmente ambiguo que se interpreta de diversas maneras. El TS ha sostenido que tal expresión implica que el menor o persona discapacitada necesitada de especial protección debe estar físicamente presente en la difusión, venta o exhibición, lo cual implica la confrontación entre ambos sujetos (STS de 14 de diciembre de 2017).

B.2. *Objeto material*

La expresión «material pornográfico» empleada por el legislador da lugar a que pueda venir en consideración siempre que la pornografía se encuentre alojada en alguna clase de soporte material (disco, vídeo, cinta, papel, memoria informática, etc.), pudiendo consistir en un dibujo, una fotografía, un archivo digital, etc.

El problema central es la delimitación del adjetivo «pornográfico». Siguiendo la doctrina del TS norteamericano, recogida por nuestra doctrina y jurisprudencia, tres notas caracterizan la pornografía (SSTS 20 de octubre de 2003, de 1 de octubre de 2007, de 6 de febrero de 2008; 12 de noviembre de 2008 de 30 de enero de 2009, cada una con diversos matices):

a) Que el conjunto de la obra esté dominado por un contenido libidinoso; que objetivamente tienda a estimular el instinto sexual humano.

- b) Que no posea valor artístico, científico o pedagógico o educacional.
- c) Que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los estándares dominantes en la comunidad relativos a la representación de materia sexual. Por ejemplo, difícilmente se puede decir en la actualidad que la mera representación del cuerpo humano desnudo sea pornografía.

B.3. Sujeto pasivo

Por último, los hechos tienen que ser llevados ante menores de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25, párrafo segundo CP), en relación con lo cual es válido lo ya expresado supra. En alguna resolución judicial se ha descartado la existencia del delito por ser el sujeto pasivo de muy escasa edad (dos años), sin que se pudiese acreditar que supiera o comprendiera lo que estaba viendo (SAP Tarragona de 18 de junio de 2004).

C) TIPO SUBJETIVO

Se trata de conductas necesariamente dolosas. No se aprecian motivos para excluir el dolo eventual que merece el mismo reproche que el resto de categorías de dolo (otro criterio SAP Madrid de 21 de abril de 2006).

En ocasiones se exige un elemento subjetivo de lo injusto, constituido por el ánimo lascivo del autor. Sin embargo, es dudoso que el intérprete pueda añadir elementos que no figuran en la descripción legal, arrogándose funciones legislativas. Por consiguiente, en los casos en los que el autor obre estimulado exclusivamente, por ejemplo, por un ánimo de lucro, no debería poderse excluir la relevancia del hecho, dejando desprotegida a la víctima (SSTS de 10 de octubre de 2000, 6 de febrero de 2008).

D) CUESTIONES CONCURSALES

Habrá un concurso real si hay una pluralidad de actos de venta, exhibición o difusión. Por el contrario, deberá optarse por el concurso ideal si sólo hay un acto, por ejemplo, de exhibición, pero una pluralidad de destinatarios (SAP Barcelona de 10 de abril de 2007). No obstante, se ha planteado que, en relación con la modalidad comisiva consistente en la difusión, en la medida en que debe estar presente necesariamente una pluralidad de sujetos pasivos, no debe apreciarse tal concurso. Ello lleva a la paradoja de que si son dos o tres los sujetos a los que se vende el material pornográfico, habría un concurso real de delitos (quizá ideal si hay un solo acto de venta), mientras que si se difunde a una amplia pluralidad de sujetos se apreciaría un solo delito.

En los casos en los que se obligue a un menor a sufrir la exhibición de material pornográfico bajo intimidación o violencia, los delitos de los arts. 178 CP y 181 CP, que tienen una vocación de tipo de recogida, desplazarán al art. 186 CP, toda vez que este último no incluye estos últimos elementos como parte del tipo, cosa que sí que hacen los citados preceptos 178 CP y 181 CP, que prevén una pena más grave y que permite captar el desvalor procedente de tales actos violentos o intimidatorios.

Si, tras la exhibición del material pornográfico, se somete a la víctima a alguna clase de práctica sexual constitutiva de delito de agresión sexual, estaríamos ante un concurso de leyes, donde el delito de delito de agresión sexual desplazaría al aquí analizado.

Por fin, en el caso de proyección de cualquier forma de películas pornográficas ante menores de dieciséis años, se estaría haciendo al sujeto pasivo presenciar actos de carácter sexual (conducta prevista en el art. 182.1 CP). De ahí que, a la vista del solapamiento entre las dos normas, quepa interpretar que cuando la víctima es menor de dieciséis, la conducta se debe incluir en el art. 182.1 CP y, cuando es mayor de tal edad, en el art. 186 CP, sancionado con una pena inferior. La excepción vendría constituida por los casos en los que se trate de material pornográfico en cuya elaboración hayan participado menores de edad o incapaces, en cuyo caso transitamos al art. 189.1 b) CP.

3. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES

A) CUESTIONES GENERALES

A.1. Bien jurídico

Los delitos contenidos en el Capítulo V, del Título VIII, del Libro II del CP, arts. 187 a 189 ter CP, llevan esa rúbrica: delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y a la corrupción de menores.

Resulta difícil unificar la totalidad de preceptos bajo un bien jurídico único.

En el caso del art. 188 CP (favorecimiento o inducción de la prostitución de menores de edad y personas con discapacidad), tiene sentido en la medida en que se pone en riesgo la indemnidad sexual del menor o de la persona discapacitada con especiales necesidades de protección.

El art. 187.1, inciso primero, CP (determinación al ejercicio de la prostitución o a su mantenimiento de una persona mayor de edad mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad y explotación sexual), por el contrario, se orienta a la tutela de la libertad sexual.

Consideración diferenciada merece el delito de lucrarse explotando la prostitución ajena, previsto en el art. 187.1, inciso segundo, CP. Es difícil imaginar cómo la conducta descrita afecta a la libertad sexual que es proclamada como objeto de protección en la rúbrica del título, mucho más si se tiene en cuenta que se trata de un comportamiento que, salvo supuestos excepcionales, acaecerá normalmente con posterioridad al hecho sexual con trascendencia jurídica. No es fácil determinar cómo el mero lucro de un tercero, sin más, puede generar un peligro actual o futuro para la libertad o indemnidad sexual de otro. Por lo tanto, el legislador ha creado un delito de peligro abstracto puro, en el que subyacen consideraciones de carácter moral o ético. En los últimos tiempos, se ha sostenido, asimismo, que se ha pretendido tutelar la dignidad o la integridad moral.

Por fin, en el art. 189 CP se regulan una serie de conductas heterogéneas que tienen, esencialmente, en común, los sujetos pasivos (menores de 18 años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección) y el objeto material del delito, esto es, la pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad). Se tutela la indemnidad sexual del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, si bien cabe entender que en los arts. 189.1.a) CP (captar o utilizar a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico o financiar estas actividades o lucrarse con ellas.) y 189.4 CP (asistencia a espectáculos con participación de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección), además, se protege su derecho a la intimidad, o, si se quiere, su derecho a la propia imagen, como faceta del derecho a la intimidad frente al control visual no consentido.

A.2. Definición de prostitución

A.2.1. *Definición.* Elemento común a los arts. 187 y 188 CP, es el concepto de prostitución, que también aparece en el art. 189.6 CP. Desde el punto de vista jurídico, hay que entender la prestación de servicios de carácter sexual a cambio de una contraprestación de carácter económico, evaluable en dinero (en sentido próximo, por ejemplo, la STS de 2 de julio de 2003).

EJEMPLOS: Quien permite o da servicios sexuales a cambio de dinero, droga, comida, un puesto de trabajo, una mejora en las condiciones de éste, etc.

A.2.2. *Problemas.* La definición plantea, al menos, cuatro cuestiones centrales: la conexión causal entre la prestación económica y la contraprestación sexual; la naturaleza del contacto sexual requerido; la exigencia o no de habitualidad o de otras notas.

a) En cuanto a la necesidad de causalidad entre la prestación económica y la contraprestación sexual, parece que debe ser excluida. La solución contraria deja desprotegido el bien jurídico en situaciones como la descrita. Basta, pues, con que objetivamente medie precio. Incluso puede afirmarse que es suficiente con el ofrecimiento del precio, aunque posteriormente éste no se satisfaga.

EJEMPLO: El padre lleva a su hija de 19 años, que padecía retraso mental, a la vivienda de un tercero, donde éste mantenía la relación sexual por un precio que percibía el padre (STS de 15 de abril de 2002).

b) Por lo que respecta a la naturaleza del contacto sexual requerido, mayoritariamente se viene aceptando un concepto de prostitución amplio que abarcaría cualquier clase de prestación con contenido sexual.

EJEMPLOS: Acceso carnal, masturbación, felación, realización de actos de exhibicionismo, mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de las líneas eróticas, etc.

No obstante, en ocasiones se ha requerido la existencia de contacto corporal. Sin embargo, deben estimarse excluidos los actos de exhibicionismo y las conversaciones eróticas por precio. En cuanto a lo primero, debe tenerse en cuenta que la Ley misma

diferencia la prostitución de otras actividades como la intervención en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189.1.a) CP). En cuanto a lo segundo, llevaría a sancionar con igual pena hechos de significación muy diferente, como inducir a un menor a que realice el acto sexual con un tercero a cambio de precio y determinarlo a intervenir en conversaciones eróticas por una remuneración en dinero. Para evitar la impunidad de actos como este último siempre se puede acudir a las agresiones sexuales, aun cuando no contemplen el factor económico como desestabilizante de la decisión del menor, supuesto que presenta una mayor peligrosidad para el bien jurídico que puede ser considerado en el recorrido legal de la pena.

c) Lo más conflictivo ha sido la cuestión de si la definición debe incluir o no el requisito de la habitualidad, es decir, si se requiere una cierta reiteración de actos. La jurisprudencia se encuentra dividida; podemos encontrar resoluciones en ambos sentidos (a favor en la jurisprudencia lo exigen, por ejemplo, las SSTS 7 de abril de 1999; de 2 de julio de 2003; de 29 de mayo de 2007; en contra: vid. SSTS de 16 de febrero de 1998; de 17 de abril de 2000, de 21 mayo de 2010).

d) Aun cuando la cuestión de la habitualidad es la que más debate ha suscitado no se trata de la única nota que se ha predicado del concepto de prostitución. También se ha exigido, en ocasiones, la indiscriminación o promiscuidad en los contactos de índole sexual (de este modo, cierra el paso a la calificación jurídico penal de quien sólo mantiene relaciones por precio con una sola persona); la indiferencia emocional; o la profesionalidad.

B) DETERMINACIÓN AL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN O A SU MANTENIMIENTO DE UNA PERSONA MAYOR DE EDAD MEDIANTE VIOLENCIA, INTIMIDACIÓN, ENGAÑO O ABUSO DE UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD, SUPERIORIDAD O VULNERABILIDAD Y EXPLOTACIÓN SEXUAL (ART. 187.1 INCISO PRIMERO CP)

B.1. Tipo objetivo

La conducta consiste en determinar a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Mayoritariamente se entiende que estamos ante un delito de resultado de medios determinados:

a) Implica hacer surgir en otro la decisión de ejercer la prostitución o de seguir haciéndolo (nos remitimos al concepto de prostitución ya examinado).

b) Deben emplearse los medios legales, esto es, violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Los conceptos de violencia e intimidación coinciden con los examinados en relación con las agresiones sexuales. El engaño consiste en dar a lo que no es cierto una apariencia de realidad, esto es, «en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado», cualquier clase, pues, de ardil. La necesidad, superioridad o vulnerabilidad, son conceptos netamente valorativos, a precisar en contacto con el caso concreto.

EJEMPLOS: La necesidad concurre especialmente cuando el sujeto pasivo se encuentra en una situación de penuria económica o familiar (por ejemplo, por tener hijos a su cargo); la vulnerabilidad, puede ser por razón de enfermedad, discapacidad (física o psíquica) o si la víctima se encuentra en estado de avanzada gestación. Por fin, la superioridad concurre frecuentemente cuando la víctima es extranjera, en situación ilegal en el país, ignorante del idioma o de todo lo referente a su entorno social o jurídico.

Se excluye la relevancia, pues, de quien convence a otra persona para ejercer o mantenerse en la prostitución, sin emplear ninguno de los cauces señalados.

EJEMPLO: En una conversación entre personas en igual situación, una hace ver a la otra las «ventajas» de continuar intercambiando servicios sexuales por precio, pues de esa manera se garantiza un medio de subsistencia que de otra manera no tendría.

c) Entre el acto violento, intimidatorio, etc. y el resultado debe mediar conexión de causalidad.

B.2. Iter criminis

Si se admite que se trata de un delito de resultado, se posibilita la presencia de tentativa (así SSTS de 7 de abril de 1997; de 8 de abril de 2008; sin embargo, en la STS de 17 de junio de 2008 se sostiene el criterio contrario: es suficiente con haber colocado a la víctima en la posición de tener el contacto sexual).

EJEMPLO: La víctima se niega a mantener el trato sexual, pese a la presión ejercida frente a ella.

B.3. Relaciones concursales

a) Si es el mismo sujeto el que despliega la acción violenta o intimidatoria y el que lleva a cabo la acción sexual por precio habrá un concurso aparente de normas donde bastará el delito de agresiones sexuales para agotar lo injusto del hecho. La regla, pues, del art. 187.3 CP debe entenderse que se refiere, bien a los casos en los que el sujeto activo de una y otra conducta es diverso, bien a los supuestos en los que, coincidiendo el sujeto activo, hay una pluralidad de hechos claramente diferenciable en el tiempo y, por lo tanto, un concurso real (STS de 19 de diciembre de 2003).

b) En el caso de que exista una pluralidad de víctimas debe apreciarse un concurso real de delitos; cada persona prostituida da lugar a la presencia de un comportamiento delictivo diferenciado que requiere la aplicación del art. 73 CP (salvo que, por ejemplo, con una sola amenaza se determine a la prostitución a varias personas, en cuyo caso habría un concurso ideal).

c) Con el art. 312.2 CP se viene declarando un concurso real de delitos (Acuerdo del Pleno de la Sala penal del TS de 30 de mayo de 2006; del mismo modo con el art. 318.bis 1.º CP, se habla de concurso real (Acuerdo del Pleno de la Sala penal del TS 2/2008, de 26 de febrero).

d) Cabe, asimismo, el concurso real con las detenciones ilegales (SSTS de 19 de diciembre de 2003, de 8 de noviembre de 2004; de 20 de diciembre de 2007, en los casos «en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y excede al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo»).

B.4. *Circunstancias agravantes*

Se regulan en el art. 187.2 CP. Son tres:

- a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta, o funcionario público. En este caso, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
- c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

EJEMPLO: Se obliga a la víctima a llevar a cabo actos sexuales sin protección o a padecer otros de naturaleza sádica.

En la medida en que la circunstancia se fundamenta en la protección de ulteriores bienes jurídicos como son la vida y la salud, la efectiva muerte de la víctima, o la constatación de las lesiones, excluye la aplicación de la agravación.

C) EL DELITO DE LUCRARSE EXPLOTANDO LA PROSTITUCIÓN AJENA

C.1. *Regulación, bien jurídico y sujeto pasivo*

El art. 187.1, párrafo segundo, CP tipifica la conducta de quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

El bien jurídico protegido debe estimarse más próximo a la dignidad o la integridad moral que a la libertad sexual (vid. supra 3.A.1).

En cuanto al sujeto pasivo se entiende que se refiere a mayores de dieciocho, toda vez que el lucro y la explotación de menores se contempla en el art. 188 CP.

C.2. *Tipo objetivo: Concepto y requisitos del lucro punible*

Se pune «el lucro explotando la prostitución de otra persona». Parece deducirse de ello que se requieren dos requisitos cumulativos: lucrarse y, además, explotar, sin que sea suficiente uno de ellos de forma aislada:

- a) Lucrarse debe entenderse como equivalente a la obtención de alguna clase de beneficio económico procedente de la prostitución ejercida por otra persona. Sin embargo, no es razonable que sea punible toda clase de lucro procedente del ejercicio la prostitución ajena.

EJEMPLOS: No puede sancionarse a quien acepta una invitación a comer de la persona prostituida; al hijo que perciba una propina, o una ayuda económica; o a quien acepta la gratificación que le da la mujer por el contacto con un cliente que le paga muy bien.

Resulta evidente que se requiere de alguna clase de restricción del tipo. En consecuencia, el lucro para ser punible debe reunir, al menos, tres características: debe ser significativo en cuanto a su cantidad, directo y habitual (SSTS de 3 de julio de 2008, de 22 de abril de 2008).

a.1) La exigencia de que se trate de una cantidad significativa guarda relación con la máxima *minima non curat praetor* que conecta con la ausencia de una peligrosidad mínima para el bien jurídico.

a.2) En cuanto a la segunda exigencia, la de que se trate de un lucro directo (STS de 22 de abril de 2008), se refiere al de quien, sin actividad intermedia, obtiene una parte de los ingresos derivados del ejercicio de la prostitución ajena, porcentaje, fijo o variable, del que el beneficiado dispone de manera autónoma.

EJEMPLO: Carecería de sentido sancionar al pequeño comerciante al que se compra comestibles con el dinero obtenido por medio del ejercicio de la prostitución, de la cual, indirectamente, también se lucra.

De lo expuesto se deduce que el lucro indirecto se excluye del perímetro típico.

EJEMPLO: No resulta punible la conducta del propietario del local en el que se ejerce la prostitución, que obtiene beneficios indirectos por medio de la actividad de arrendamiento de habitaciones, expendición de bebidas alcohólicas, etc.

a.3) Por lo que respecta a la nota de habitualidad, no es suficiente con un lucro episódico o aislado, como los citados ejemplos de aceptar una invitación a comer, percibir una propina, o una ayuda económica, etc.

b) De la redacción del art. 187.1, párrafo segundo, CP se desprende que, además del lucro, debe explotarse a la persona prostituida. Para ello deben concurrir dos requisitos entre sí alternativos, los cuales, deben ser abarcados por el dolo del autor: que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica; que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

b.1) En cuanto a lo primero, resulta particularmente difícil su concreción. Como punto de partida, debe entenderse que se ha de tratar de una situación de vulnerabilidad conexa de alguna forma con el ejercicio de la prostitución y no independiente de ésta, esto es, la situación de vulnerabilidad tiene que entenderse como un factor de debilidad en la víctima que puede inclinarla a la prostitución. De esa manera, se descartaría sólo la relevancia típica de los casos de lucro en los que la persona prostituida tiene inequívocamente otras alternativas vitales a su alcance.

b.2) En cuanto a lo segundo, se pone el lucro simple procedente de la prostitución ejercida en condiciones abusivas, gravosas o desproporcionadas.

EJEMPLOS: El «empresario» se queda con un porcentaje muy amplio de las ganancias; o paga cantidades irrisorias como contraprestación del servicio sexual; se obliga a la persona prostituida a ejercer en condiciones penosas, sin descansos diarios o semanales; se la somete conductas particularmente vejatorias, etc.

Del requisito se desprende que, pese a la ubicación sistemática del precepto en el seno del art. 187 CP, no por ello el lucro punible es exclusivamente el procedente de la prostitución ejercida en las condiciones del citado precepto (esto es, mediante violencia, intimidación, o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o

vulnerabilidad de la víctima). Cabe, pues, que la víctima ejerza la prostitución libremente, aunque en condiciones penosas (gravosas, desproporcionadas o abusivas en la terminología de la Ley) y se sancione a quien se beneficie económicamente de ello.

C.3. Pena prevista.

Se ha equiparado la pena de quien determina a otra persona, por ejemplo, violentamente, a ejercer la prostitución y el hecho de lucrarse con la prostitución ajena, lo cual carece de justificación político-criminal.

C.4. Relaciones concursales

a) En el caso habitual en el que un sujeto determine violentamente, etc. a la prostitución ajena y, además, se lucre con ello, aun cuando puede tratarse de dos hechos espacio-temporalmente diferenciados, se debe entender que no rigen las reglas del concurso real, ya que el lucro es un hecho posterior impune, íntimamente vinculado al anterior, en la medida en que forma parte de la dinámica comisiva, sin que haya razones que justifiquen la doble sanción (no obstante, a conclusiones diversas se puede llegar si se estima que en el caso del lucro explotando la prostitución ajena se protege exclusivamente la dignidad o integridad moral). En este sentido, se pronuncia la STS de 22 de abril de 2008. En definitiva, en tales casos, el inciso primero desplazaría al segundo, en virtud del principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP), en la medida en que se trataría de un hecho posterior impune que se encontraría en la misma dinámica comisiva.

b) El potencial concurso de delitos entre la cooperación necesaria o no en el delito del art. 187, inciso primero, CP y el inciso segundo debe resolverse en virtud del principio de subsidiariedad a favor del inciso segundo, salvo que se quiera primar a acciones de participación en el delito sobre acciones de autoría.

EJEMPLO: El caso de quien organiza empresarialmente la prostitución y sabe que sus subordinados para ello utilizan la violencia o el engaño con personas prostituidas, pero por sí mismo no ejerce tal violencia, ni induce a ello.

c) En el caso de que exista una pluralidad de víctimas, debe apreciarse un concurso real de delitos; cada persona prostituida da lugar a la presencia de un comportamiento delictivo diferenciado. No obstante, ello puede llevar a penas muy elevadas en el caso de organización empresarial del negocio de la prostitución. De ahí que no falten sentencias que estiman un solo delito del inciso segundo, pese a la existencia de una pluralidad de víctimas (SAP León de 22 de junio de 2005), en la que se condena a dos años de prisión, pese a que eran cuatro las chicas que ejercían la prostitución.

d) Con las detenciones ilegales debe apreciarse un concurso real (STS 1 de 20 de diciembre de 2007).

C.5. Circunstancias agravantes

Vid. supra B.4.

D) INDUCCIÓN O COOPERACIÓN A LA PROSTITUCIÓN DE PERSONA MENOR DE EDAD O DISCAPACITADA NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN O LUCRO CON ELLA (ART. 188 CP)

D.1. *Bien jurídico*

Debe entenderse que es la indemnidad sexual del sujeto pasivo (*vid. supra* 3.2.A).

D.2. *Sujeto pasivo*

En todo caso, un menor de edad o un discapacitado necesitado de especial protección (en cuanto a este último concepto, reiteramos la cita del art. 25 CP).

D.3. *Tipo objetivo*

D.3.1. *Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad o persona discapacitada para estos fines.* Hay que diferenciar dos acciones. Por un lado, la inducción a la prostitución a un menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección. Por otro, la promoción, favorecimiento, facilitación de la misma actividad.

a) En cuanto a la inducción, estamos ante un concepto que requiere acudir a la teoría general acuñada en torno al art. 28 A) CP y que, resumidamente, implica hacer surgir en un menor de edad o discapacitado la decisión de ejercer o mantenerse en la prostitución. Pese a que no se haga referencia expresa al mantenimiento, como ocurre en el art. 187 CP, la doctrina y la jurisprudencia son constantes en afirmar que es indiferente si el sujeto pasivo la ha ejercido o no previamente.

b) En lo que concierne a la promoción, favorecimiento, facilitación de la prostitución de menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, debe entenderse que se trata de términos para cuya intelección es preciso tener en cuenta los conceptos de cooperación necesaria y complicidad de los arts. 28 B) y 29 CP. En definitiva, el autor debe incrementar las posibilidades de que la persona ejerza o se mantenga en el ejercicio de la prostitución, lo que resulta particularmente amplio.

EJEMPLOS: Ello incluye, entre otros, al titular del local en el que se ejerce esta clase de prostitución (STS 76/2007, de 30 de enero, FJ 4.º). Los camareros del local en el que el menor ejerce la prostitución (otro criterio STS 1743/1999, de 9 de diciembre que aceptan la posibilidad de complicidad en tal caso).

En ambos grupos de acciones típicas parece necesario que exista una relación de causalidad: debe existir un vínculo entre la acción de inducir o la de promover, favorecer, facilitar la prostitución y el efectivo ejercicio de ésta. La prostitución del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección se constituye en el resultado del delito, por lo que no hay favorecimiento o inducción punible a la prostitución si ésta no se ha producido efectivamente, salvo que se encuentren presentes los elementos de la tentativa (no obstante, las SSTS de 2 de julio de 2001, de 21 de mayo de 2010 entienden que estamos ante un delito de mera actividad).

EJEMPLO: El sujeto activo, que regentaba un local dedicado a la expendición de bebidas y a espectáculos homosexuales, había inducido reiteradamente a tener relaciones de esta naturaleza a un menor, quien no llegó a acceder a ello, pese a la remuneración ofrecida (SAP Valencia 14 de mayo de 1999).

Para la presencia del tipo penal es indiferente tanto la existencia de consentimiento en el menor (STS de 5 de noviembre de 2004), como que éste ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad.

D.3.2. El lucrarse con la prostitución de un menor o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección para estos fines o su explotación de algún otro modo. Resulta llamativo que mientras en el art. 187 CP se sanciona a quien «se lucre explotando la prostitución de otra persona», en el art. 188 CP se hace referencia a dos conductas diferenciadas, el lucro y la explotación. Por consiguiente, debe entenderse que mientras en el primer precepto es preciso que concurran cumulativamente ambas, en el segundo son alternativas.

a) *Concepto y requisitos del lucro punible.* *Mutatis mutandis* es aplicable el mismo concepto que el contenido en el art. 187 CP. En síntesis, el lucro consiste la obtención de alguna clase de beneficio económico procedente de la prostitución ejercida por otra persona, si bien se debe restringir su alcance, requiriendo, el menos, el que sea significativo, directo y habitual (supra 3.C.2).

b) *En cuanto a la explotación,* existe una importante diferencia con lo previsto en el citado art. 187 CP, toda vez que aquí no se exigen los requisitos legales allí previstos para la punición de la explotación de la prostitución de adultos (exige el citado art. 187 CP que la víctima 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, que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas). Caben, pues, dos opciones. O bien se estima que es un descuido del legislador y, tácitamente, son de aplicación los requisitos del art. precedente. O bien se entiende que se han querido imponer menores condiciones en el caso del lucro procedente de la prostitución de menores o personas con discapacidad que en el caso del lucro procedente de la prostitución de mayores. Parece que debe optarse por lo segundo opción, la cual es racional y no requiere añadir por una difícil analogía requisitos de punición no previstos por la Ley.

Por lo demás, parece muy difícil encontrar supuestos de explotación no captados por la amplísima idea de lucro. Como mucho, pues, cabría sostener que en el caso de menores de edad o personas con discapacidad a las que se refiere la Ley, es punible también los casos marginales en los que se obtiene un lucro para terceros, sin beneficio propio.

D.4. *Penas*

Como acaece en el caso del art. 187 CP, desde el punto de vista de la pena, es criticable la equiparación punitiva de la determinación a un menor o persona discapacitada a estos fines a ejercer la prostitución y el hecho de lucrarse con el ejercicio de tal prostitución.

D.5. *Circunstancias agravantes*

Reguladas en el art. 188.3 CP. 5. Son seis:

a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.

b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta, o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Son válidas, *mutatis mutandis*, las consideraciones efectuadas en relación con los arts. 180, 183 y 187.2 CP.

E) LA SOLICITUD, ACEPTACIÓN U OBTENCIÓN DE UNA RELACIÓN SEXUAL A MENOR O PERSONA DISCAPACITADA NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN A CAMBIO DE REMUNERACIÓN O PROMESA

El art. 188.4 CP se refiere a quien «solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección». La pena se incrementa si «el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad» (pena de dos a seis años de prisión).

El concepto de relación sexual debe entenderse en sentido muy amplio, de forma que se comprende no sólo el coito heterosexual, sino cualquier otra clase de contacto sexual.

La Ley equipara conductas que merecen una censura penal muy diversa, puesto que no puede ser lo mismo solicitar y obtener a cambio de precio el coito homosexual o heterosexual que, por ejemplo, solicitar y no obtener unos tocamientos. Sin embargo, se trata de diferencias que tan sólo pueden ser consideradas en el recorrido abstracto de la pena, previsto por el legislador.

F) RELACIONES CONCURSALES

El apdo. 5 del art. 188 CP introduce la regla concursal conforme al cual las penas señaladas se impondrán «sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Sin embargo, la solución es discutible cuando el autor cuando el autor de unos y otros delitos sea la misma persona. Si ambas normas protegen el mismo bien jurídico, carece de sentido la exasperación punitiva. Ésta podría fundamentarse en la especial peligrosidad de la conducta descrita en el art. 188 CP, toda vez que la remuneración, el dinero habitualmente, constituye un medio particularmente peligroso, sobre todo cuando de menores se trata. Sin embargo, en términos absolutos, la pena resultante es excesiva, solapándose con las del homicidio e, incluso, con las del asesinato. Una solución es entender que el apartado se refiere a las hipótesis en las que los autores son diversos, en cuyo caso la norma es superflua.

Cabe la posibilidad de que un acto de prostitución sea grabado, en cuyo caso habrá un

concurso real de delitos con el previsto en el art. 189.1.a) CP (*vid. STS de 16 de febrero de 1998*).

En cuanto a la relación con el art. 189.6 CP, es la característica de la relación de alternatividad (art. 8.4 CP) y debe resolverse a favor del art. 188 CP.

4. DELITOS RELATIVOS A ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS Y PORNOGRÁFICOS DE MENORES Y PERSONAS DISCAPACITADAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN Y A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

A) CAPTACIÓN O UTILIZACIÓN DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CON FINES EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS (ART. 189.1 A) CP)

A.1. Tipo objetivo

A.1.1. *Concepto de espectáculo pornográfico o exhibicionista.* En cuanto a la definición de pornografía y de exhibicionismo, será esencial la establecida en el art. 189.1 b) CP, tras la reforma de 2015 (*vid. infra 4.B*).

Al hablarse de «espectáculo», parece que se exige una actividad que implique contacto visual entre el que despliega la acción con contenido sexual y quienes asisten a él.

Se cuestiona la relevancia de, al menos, dos situaciones:

a) Los casos en los que un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección atiende una línea telefónica erótica. Dado que, como veremos, es suficiente con utilizar al menor con fines pornográficos, también el caso descrito sería punible.

b) Hacer que un menor, o una persona discapacitada necesitada de especial protección, se exhiba ante una sola persona. No hay obstáculo alguno para estimar incluida tal situación en el tipo sin necesidad de forzarlo.

A.1.2. *Conductas típicas.* La norma puede estructurarse en cinco grupos de comportamientos prohibidos:

a) La captación de menores de edad, o discapacitados con especiales necesidades de protección, con el fin de utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material de esa naturaleza. Se trata de una modalidad comisiva introducida por medio de la LO 5/2010 de 22 de junio (*vid. art. 2 b*) de 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). Por captar debe entenderse todo acto orientado a atraer al menor o persona discapacitada necesitada de especial protección hacia las prácticas citadas. Se requiere, pues, que la víctima acepte su participación, aunque no que haya llegado efectivamente a participar en el espectáculo o en la elaboración del material. En las hipótesis de negativa del sujeto pasivo, nos moveríamos en el marco de la tentativa.

La modalidad comisiva plantea problemas concursales con el art. 177 bis.1 CP. Éste

se refiere a quien «sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella...abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare...con cualquiera de las finalidades siguientes...b) la explotación sexual, incluida la pornografía». La pena es de cinco a ocho años, muy superior, pues, a la del art. que nos ocupa (de uno a cinco). La evidente duplicidad normativa debería llevar a descartar la solución del concurso de delitos ya que el art. 177 bis en su modalidad agravada también protege claramente la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Debe entenderse que hay un concurso aparente de normas penales que debe ser dilucidado en favor del art. 177 bis CP sobre la base del principio de alternatividad, art. 8.4 CP, cuya operatividad se reserva especialmente para hipótesis de defectos legislativos.

b) La utilización de un menor de edad o discapacitado con especiales necesidades de protección, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. Es preciso que la intervención del menor o del discapacitado tenga contenido sexual. Se excluye, pues, la relevancia penal:

b.1) En las hipótesis en las que el menor o persona con discapacidad aparezca componiendo la escena, sin que su intervención en sí misma considerada posea contenido sexual (habrá que concluir que la calificación jurídico penal se desplaza al delito del art. 185 CP).

b.2) Cuando el menor o persona con discapacidad desarrolle tareas auxiliares en el espectáculo protagonizado por adultos.

EJEMPLO: El menor se limita a servir bebidas, a custodiar la ropa o el vehículo de los espectadores que asisten al local en el que se llevan a cabo los hechos.

Aceptada la definición de prostitución como intercambio de servicios sexuales a cambio de una contraprestación evaluable en dinero, pueden plantearse problemas de delimitación entre las conductas descritas en el art. 188.1 CP (inducir o cooperar a la prostitución de un menor) y las contenidas en el art. 189.1 a) CP (utilización de un menor o discapacitado con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos). Tal problema puede surgir en la medida en que el menor o persona discapacitada necesitada de especial protección obtenga una contraprestación económica por su intervención en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico, ya que estarían presentes todos los elementos señalados que integran el concepto de prostitución. En tales términos debe concluirse que estamos ante un concurso aparente de normas, donde por aplicación del principio de especialidad los delitos descritos en el art. 189 desplazan a los del art. 188 CP (STS de 16 de febrero de 1998).

c) La utilización de un menor de edad, o de una persona discapacitada necesitada de especial protección, para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte.

EJEMPLO: El mero empleo del menor, o persona discapacitada necesitada de especial protección, como modelo fotográfico (téngase en cuenta que el art. 189.1.b) CP también se refiere a la producción de material de estas características).

Como en el caso de la modalidad comisiva anterior, si media precio, persiste la aplicación de este delito sobre el del art. 188 CP.

d) La financiación de cualesquiera de dichas actividades. Consiste en la aportación

dineraria para que tengan lugar tales hechos. Al respecto se puede plantear la duda de si es suficiente con proporcionar medios económicamente evaluables.

EJEMPLOS: Quien presta la cámara con la que se graban las imágenes; o quien cede el local en el que tiene lugar, etc.).

Nada apoya una interpretación extensiva del tipo, por lo que tan sólo la contribución directamente crematística integra las exigencias típicas, lo que no es óbice para que en los supuestos descritos se pueda aplicar las reglas de la participación en el delito y, singularmente, las de la complicidad, necesaria o no.

En la doctrina, asimismo, se discutió si quien asiste pagando a esta clase de espectáculos los financia en el sentido del tipo. La polémica se ha zanjado previendo expresamente su punición en el apartado 4 del art. 189 CP.

e) La obtención de un lucro derivado de las actividades citadas. Como en el caso de los citados art. 187.1 párrafo segundo (vid. la jurisprudencia entonces citada) y 188.1 párrafo segundo CP, no basta con la obtención del lucro, sino que debe requerirse algo más. El lucro para ser punible debe reunir, al menos, tres ulteriores características: debe ser significativo, directo y habitual. Significativo para evitar que la criminalización de la obtención de cantidades nimias. Directo implicaría la exigencia de que no exista actividad intermedia; no tendría sentido, por ejemplo, sancionar al panadero al que el menor compra comestibles con el dinero obtenido. En cuanto a la exigencia de habitualidad, no debe ser suficiente con un lucro episódico o aislado; de lo contrario, se extendería en exceso el ámbito del tipo, por ejemplo, a quien acepta una invitación a comer del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección; al hermano que percibe una ayuda económica esporádica, etc.

Por lo que concierne al concurso con el delito del art. 188.1, inciso segundo, CP, que prevé el lucro obtenido de la prostitución de menores o personas con discapacidad a tales efectos, debe tenerse en cuenta que, desde el momento en que el sujeto pasivo perciba una contraprestación económica, se transitará a tal precepto, más gravemente punido, que, en principio, será el art. 188.1 CP.

A.2. Concurso de delitos

No debe descartarse de antemano el posible concurso real de delitos con las agresiones sexuales, presentes los requisitos típicos de estos delitos.

EJEMPLO: Cuando el autor de una violación a un menor de edad o a una persona con discapacidad graba con su teléfono móvil lo acaecido.

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 art. 189.1.a) del CP no sólo tutela la indemnidad sexual del menor, o persona discapacitada necesitada de especial protección, sino también su derecho a la intimidad, o, si se quiere, su derecho a la propia imagen, como faceta del derecho a la intimidad frente al control visual no consentido. Alternativamente, cabría construir un concurso de delitos entre las agresiones sexuales y los delitos de los arts. 197.1 ó 197.3 CP en relación con el art. 197.5 y, en su caso, 197.6 CP. Esta última construcción tiene más sentido para impedir privilegiar esta clase de supuestos de captación no consentida de la imagen del menor de forma atentatoria contra su derecho a la intimidad.

En el caso en el que intervengan en el espectáculo o en el material pornográfico una

pluralidad de menores o incapaces debe estimarse tantos delitos como menores (Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado). Se acepta, asimismo, la continuidad delictiva (id.).

A.3. *Circunstancia agravante*

El art. 189.3 CP agrava la pena cuando los hechos «del párrafo primero del apartado 1» se hubieren llevado a cabo con violencia o intimidación. Con ello parece referirse a la captación, utilización de menores o discapacitados para la elaboración de material pornográfico. Ambos deben estar conectados causalmente por una relación de medio a fin con el hecho previsto en el art. 189.1 a) CP, por lo que si son posteriores o no se despliegan para tal hecho no determinan la presencia de este delito, sino los de coacciones, lesiones, etc. Igualmente deben poseer idoneidad objetiva para doblegar la voluntad de la víctima, por lo que han de considerarse los factores subjetivos de esta última, de los que se aprovecha el sujeto activo.

EJEMPLO: Se amenaza con la práctica de vudú si no se participa en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico a un menor procedente de un país en el que se es especialmente sensible a ello.

B) ASISTENCIA A ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS EN LOS QUE PARTICIPEN MENORES O PERSONAS DISCAPACES CON ESPECIAL NECESIDAD DEL PROTECCIÓN

En la reforma del Código Penal de 2015 se incorporó el art. 189.4 CP, conforme al cual se pena 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» ya que se venía discutiendo si quien asiste pagando a esta clase de espectáculos los financia en el sentido del art. 189.1 a) CP.

Desde otra perspectiva, parece claro que quien asiste por precio a un espectáculo de estas características coopera a la verificación del tipo del delito descrito en el art. 189.1 a) CP, y, por consiguiente, es, al menos, cómplice, pues, no se puede negar que incrementa *ex ante* el riesgo de que la conducta principal tenga lugar. En tal situación, sin embargo, el art. 189.4 CP desplazaría a la complicidad en el delito del art. 189.1 a) CP, sobre la base del principio de subsidiariedad, art. 8.2 CP.

C) DELITOS RELACIONADOS CON LA PORNOGRAFÍA INFANTIL O EN CUYA ELABORACIÓN HAYAN PARTICIPADO PERSONAS DISCAPACITADAS NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN (ART. 189.1 B) CP)

C.1. *Tipo objetivo*

C.1.1. *Conductas típicas.* El art. 189.1 b) CP describe tres grupos de conductas típicas.

a) La producción, venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de material pornográfico en cuya elaboración hayan participado menores o personas discapacitadas con especiales necesidades de protección. La jurisprudencia viene exigiendo una «reiteración de conductas ya que en caso contrario nos encontraríamos ante un mero

usuario o consumidor» (STS de 5 de diciembre de 2008). Se entiende que la participación de la víctima debe ceñirse a actividades inequívocamente con contenido sexual, no en labores de carácter secundario, conexas, por ejemplo, con la producción fílmica.

EJEMPLO: Quedan extramuros del CP los casos en los que el menor asiste a los actores de un film pornográfico de adultos, proporcionándoles bebidas o haciendo cualquier clase de encargo, gestión o recado para ellos, salvo que pudiera estar presente un delito del art. 185 CP.

Por *producción* debe entenderse «acciones desplegadas *ex post*, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades tendentes a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo del art. 189.1 a)» (Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado).

La *venta* implica el intercambio o la enajenación en la que medie precio, bien sea en dinero o en otra especie evaluable económicamente.

La *exhibición* supone colocar delante de otro el material pornográfico, lo que incluye, por ejemplo, la proyección en una sala cinematográfica, en un contexto doméstico, o, simplemente, mostrar el móvil con el material pornográfico.

El *ofrecimiento* se introdujo como modalidad autónoma por medio de la LO 5/2010 de 22 de junio. Parece claro que su mayor operatividad tendrá lugar en el ámbito de internet, si bien aporta poco su inclusión desde el momento en que ya era punible la posesión con el fin de vender, distribuir o exhibir (en el mismo art. 189.1 b) CP, como veremos).

Finalmente, en cuanto a la *distribución*, capta dos supuestos.

i) Por una parte, la acción de hacer accesible el contenido ilícito al público o a un sector de éste, sin que sea necesario acreditar qué personas concretas han tratado contacto con el material pornográfico.

EJEMPLO: Quien en una página web proporciona enlaces desde los que se puede descargar pornografía infantil; quien cuelga imágenes de esta clase en una web.

ii) Por otra parte, la actividad consistente en hacer llegar la pornografía a personas concretas y determinadas («entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente», conforme a la STS de 28 de mayo de 2008).

EJEMPLO: El envío de un WhatsApp, a un individuo o a un grupo, con material pornográfico infantil.

b) A los anteriores comportamientos típicos se añade posteriormente la «facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de material pornográfico». Llama la atención el que la Ley inicialmente describa la acción consistente en la producción, venta, *distribución*, exhibición del material pornográfico para posteriormente referirse a quien facilite la producción, venta, *difusión*, exhibición, esto es, sustituyendo la inicial expresión «*distribución*» por la de «*difusión*». No obstante, tal disparidad terminológica es un mero recurso estilístico o un defecto de técnica legislativa del que no se pueden extraer consecuencias. Carecería de sentido la ruptura del paralelismo establecido en la ley, donde a la conducta de producir se le adiciona la de facilitar la producción; a la de vender, la de facilitar la venta; a la de exhibir, facilitar la exhibición. Sea como fuere, la referencia a la «facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de material

pornográfico» resulta superflua porque para eso están las normas de la complicidad y cooperación necesaria.

c) Posesión de material pornográfico donde intervienen menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección para la realización de cualquiera de las conductas anteriores. Interpretativamente debe entenderse que se refiere a la mera posesión de material pornográfico, normalmente fotografías o vídeos en cualquier formato informáticos. Para que dicha posesión sea punible debe ir acompañada de un especial elemento subjetivo de lo injusto: la intención de proceder a su venta, distribución, exhibición, por ejemplo, a través de internet.

Si es cuestionable la equiparación que a efectos punitivos efectúa la ley entre las acciones de vender, y facilitar la venta, etc., muchas más dudas presenta la decisión de sancionar en iguales términos la mera tenencia de pornografía con el fin de su posterior puesta en circulación y la efectiva puesta en circulación, en la medida en que un acto susceptible de ser calificado como de tentativa o preparatorio se sanciona igual que el hecho consumado. Ello apoya una intelección restrictiva.

C.1.2. *Definición de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan participado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.* En cuanto a tal definición de pornografía, en la reforma del art. 189.1 b) CP operada en 2015, se incorporó la Directiva 2011/93/UE (vid., asimismo, el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño, cuyo Instrumento de Ratificación es publicado en el BOE el 31 de enero de 2002). Sin embargo, se ha culminado una complicada y deficiente reforma que describe cuatro posibilidades, solapadas entre sí.

Con carácter general, se deduce que una imagen sexualizada, digital o no (incluso una fotografía física, una pintura o un dibujo, por ejemplo, en un cómic), alterada o no, puede integrar el concepto.

Siguen quedando flancos sin cubrir.

EJEMPLO: Es más que dudoso que estén captados los materiales exclusivamente de audio o simplemente escritos. Algún caso hay en el extranjero de condenas por la redacción y transmisión de relatos de hombres manteniendo relaciones sexuales con niños (vid. Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2012, p. 169).

La Ley se refiere a cuatro posibilidades que serían las siguientes:

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». Si en la pornografía de mayores difícilmente se puede decir en la actualidad que la mera representación del cuerpo humano desnudo integre el concepto de pornografía (vid. la STS de 20 de octubre de 2003), en el caso de los menores de edad ya se venía sosteniendo otro criterio si fue tomada con esa finalidad, por ejemplo, para su posterior contemplación (vid. STS de 3 de octubre de 2007).

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». El legislador parece haber optado en los casos dudosos por la inversión de la carga de la prueba (sería la defensa la que tendría que probar que en el momento de la filmación la víctima ya era mayor de edad). El precepto tiene su origen en las dificultades de prueba que puede haber asociadas a la determinación de la edad de los menores. Sin embargo, ello violentaría la presunción de inocencia; debe ser la acusación la que acredite si el sujeto interviniente es menor o discapacitado necesitado de especial protección y operaría el principio *in dubio pro reo* si en el caso concreto es complejo determinar si las imágenes son auténticas o si, por el contrario, se han obtenido mediante manipulación.

Lo expresado es válido no sólo para los supuestos dudosos, sino también para otros supuestos de la denominada pseudopornografía infantil, en la que no se utilizan a menores, ni siquiera indirectamente en la elaboración del material, sino que se recurre a artificios informáticos o de otra índole (maquillaje, disfraz...) para obtener el resultado.

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». Último grupo de supuestos previstos en la Ley que parece clara e innecesariamente reiterativo.

C.2. *Tipo subjetivo*

Las anteriores conductas han de ser dolosas. Cabe la posibilidad de apreciar error de tipo.

EJEMPLO: Quien se descarga un archivo que contiene pornografía infantil mediante una red P2P e ignora que, simultáneamente, está compartiendo la información de su disco duro con terceros (así, *vid. STS de 30 de enero de 2009*), lo que no impide calificar los hechos bajo el art. 189.5 CP (posesión).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de octubre de 2009, llegó al acuerdo de que «establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b) CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa».

C.3. *Cuestiones concursales*

En el caso en el que intervengan en el material pornográfico una pluralidad de menores o incapaces habrá tantos delitos como menores o personas con discapacidad, ya que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de cada uno de ellos (concurso ideal de delitos, *vid. STS de 3 de octubre de 2007* que subraya la necesidad de individualizar a cada sujeto pasivo).

En lo que respecta a la posibilidad de continuidad delictiva, se ha sostenido que no cabe apreciar delito continuado, toda vez que ya las conductas de difusión o distribución requieren una cierta reiteración de conductas (*vid. SSTS de 3 de octubre de 2007 y de 5 de diciembre de 2008*).

D) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Los arts. 189.2 y 189.3 CP prevén una serie de circunstancias agravantes que operan tanto en relación con el art. 189.1 a), como en relación con el art. 189.1 b) CP. Su apreciación puede implicar una significativa agravación penológica.

D.1. Cuando se utilicen a menores de dieciséis años (art. 189.2 a) CP)

Su fundamento radica en un mayor desvalor de acción, en una mayor peligrosidad de la conducta para el bien jurídico. Se presume *iuris et de iure* que los menores de dieciséis años se encuentran en situación de vulnerabilidad (hasta la reforma de 2015 el límite se fijaba en los trece años). Debe subrayarse que la apreciación de esta circunstancia agravante especial requiere que el dolo del sujeto activo la abarque. Por lo tanto, no procede su consideración en los casos en los que se yerre sobre la edad del menor, por ejemplo, por su prematuro desarrollo físico (art. 14.2 CP).

El TS venía declarando que sólo es aplicable a quienes elaboran las imágenes y no a quienes las poseen o distribuyen (SSTS 1 de 16 de noviembre de 2009, de 16 de febrero de 2010; de 13 de abril de 2010).

D.2. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual (art. 189.2 b) CP)

La Ley contempla tres posibilidades diferentes:

a) Hechos particularmente degradantes o vejatorios. Su fundamento reside en un mayor desvalor de resultado y, concretamente, en la afección a ulteriores bienes jurídicos, como son la integridad o la dignidad personales. Por su carácter eminentemente valorativo será particularmente difícil dotarla de contenido.

EJEMPLO: Probablemente proceda su consideración en las hipótesis de trato sexual con animales.

b) Empleo de violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico. Seguramente carezca de sentido la referencia a los casos de violencia sexual «para» la obtención de material pornográfico.

c) Representación de escenas de violencia física o sexual.

EJEMPLOS: Habrá violencia sexual en los supuestos en los que tal violencia está ligada a la satisfacción del instinto sexual, como ocurre con el sadismo. Habrá violencia física en las películas denominadas *snuff* en las que, además, concurra el carácter pornográfico.

D.3 Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia (art. 189.2 c) CP)

Un menor es la persona que no ha alcanzado los dieciocho años (vid. art. 9.3 del Convenio de Budapest sobre Cibercrimen, realizado en el marco del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño). No basta tal condición, sino que, adicionalmente, debe concurrir la situación de especial vulnerabilidad.

D.4. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima (art. 189.2 d) CP)

La circunstancia, incluida en la reforma de 2015, resulta difícil de aplicar por diversas razones.

a) Es complicado deslindarla de los supuestos anteriores, singularmente de las hipótesis en que la víctima sufra violencia física (salvo que se estime que en las anteriores la violencia es aparente, y desconectada del bien jurídico, y en esta la violencia es real).

b) Siendo su fundamento la necesidad de tutelar la vida y la salud del menor, en los casos en los que acaezca el resultado lesivo, no es procedente su consideración, desplazado por el correspondiente delito de lesiones u homicidio.

c) Si no acaece el resultado lesivo, tampoco es procedente su aplicación cuando quepa apreciar tentativa de lesiones u homicidio.

D.5. Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia (art. 189.2 e) CP)

El carácter indeterminado de la cláusula impide matematizar cuándo procede su apreciación, tanto por su indeterminación como por su desconexión del bien jurídico protegido

D.6. Si el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades (art. 189.2 f) CP)

El fundamento radica en un mayor desvalor de acción o peligrosidad de la conducta para el bien jurídico (vid. STS de 10 de diciembre de 2004, donde se desarrollan los criterios jurisprudenciales para su aplicación).

D.7. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad (art. 189.2 f) CP)

Debe acudirse a razones de culpabilidad o a una mayor reprochabilidad de la acción para fundamentarla. Resulta incompatible con el art. 192.2 CP.

D.8. Cuando concurra la agravante de reincidencia (art. 189.2 h) CP)

No se entiende que se introduzca como circunstancia agravante especial una circunstancia que ya funciona como agravante genérica (art. 22.8 CP).

E) ADQUISICIÓN O TENENCIA DE PORNOGRAFÍA INFANTIL O EN CUYA ELABORACIÓN SE HUBIERAN UTILIZADO PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN (ART.189.5 CP)

Su tipificación en 2003 respondió al Convenio de Budapest sobre Cibercrimen de 23 de noviembre de 2001. La tenencia de pornografía infantil es peligrosa para el bien jurídico en la medida en que se estimula, mediante su adquisición, posteriores conductas lesivas para la libertad o indemnidad sexual de menores o persona discapacitada

necesitada de especial protección. Se trata, en definitiva, de actuar sobre la demanda para influir en la oferta de pornografía de estas características.

Desde el punto de vista del tipo objetivo, se refiere la Ley a la posesión o adquisición (paso previo a la tenencia; en general, en cuanto a los requisitos *vid.* STS de 30 de enero de 2009). Se planteaba el problema de las hipótesis en las que el sujeto se limitaba al visionado del material (por ejemplo, por *streaming*). En tales casos no hay propiamente posesión, como tampoco adquisición. Dicha hipótesis se contempla en el párrafo segundo del art. 189.5 CP.

Desde el punto de vista subjetivo, se requiere un ánimo de usar el material para sí mismo. Precisamente la diferencia con la posesión descrita en el art. 189.1.b) CP, radica en la presencia o ausencia de ese particular elemento subjetivo de lo injusto, toda vez que en el citado art. 189.1 b) CP se requiere la intención de proceder a su venta, distribución, exhibición, por ejemplo, a través de internet o por medio de los canales habituales de distribución de este tipo de material. Ello puede originar problemas de prueba sobre cuál era la intención del sujeto, los cuales se han de solventar en favor del tipo privilegiado, sobre la base del principio *in dubio pro reo*.

En materia concursal, la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado opta por entender que hay tan sólo un delito con independencia del número de menores que aparezcan en el material.

F) LA OMISIÓN DE IMPEDIR QUE UN MENOR O PERSONA CON DISCAPACIDAD NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONTINÚE SU ESTADO DE PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN (ART. 189.6 CP)

Se trata de un *delito de omisión de garante*. En concreto, se configura como un tipo mixto alternativo, consistente, en síntesis, bien en no hacer lo posible por impedir que el menor o persona discapacitada necesitada de especial protección siga en el estado de prostitución o corrupción, bien en no acudir a la autoridad competente. En cuanto al concepto de prostitución, es el que examinamos supra (A.2.1). Por lo que respecta a la idea de corrupción, ha sido criticado tanto por su ambigüedad, como por las connotaciones morales que implica abarca. Podría captar, como mucho, las hipótesis en las que el menor de diecisésis mantiene relaciones sexuales jurídico-penalmente ilícitas (nunca las del mayor de esa edad).

Se requiere un determinado resultado, en este caso, la continuación en el estado de prostitución o corrupción.

Desde el *punto de vista concursal*, se presenta la cuestión de la relación con el art. 188 CP, cometido por omisión, y cuya pena resulta más grave. La cuestión es compleja si se tiene en cuenta que para la jurisprudencia el art. 188 CP no sólo capta las hipótesis en las que se inicia al menor o persona discapacitada necesitada de especial protección en el ejercicio de la prostitución, sino también los casos en los que se le mantenga en tal estado. Por consiguiente, en la medida en que la doctrina y la jurisprudencia vienen aceptando que las acciones características de tal figura como son las de «favorecer» o «facilitar» pueden ser cometidas por omisión (como ocurre, por ejemplo, con la cooperación necesaria o la complicidad, susceptibles de comisión por omisión), la única intelección razonable es optar por el principio de alternatividad del art. 8.4 CP que cerraría el paso a la aplicación del art. 189.6 CP.

Conforme al art. 189.7 CP, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior. Se trata de una previsión inútil a la vista de lo dispuesto en el art. 192.3 CP y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

G) EL DELITO DE DISTRIBUCIÓN O DIFUSIÓN PÚBLICA DE CONTENIDOS ESPECÍFICAMENTE DESTINADOS A PROMOVER LA COMISIÓN DE DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN, PORNOGRAFÍA Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES (ART. 189 BIS CP)

El delito del art. 189 bis CP se refiere a la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del título VIII.

En definitiva, la conducta consiste en hacer llegar al público, o a un sector de éste, de cualquier clase de contenido que resulte idóneo ex ante para impulsar de cualquier forma los delitos a los que hace referencia la Ley; ello incluye la mera defensa de la comisión de tal clase de ilícitos. En concreto se refiere al tipo a tres grandes bloques de conductas delictivas:

- a) Delitos del Capítulo V del Título VIII (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, arts. 187, 188 y 189 CP).
- b) Delitos de Capítulo IV (delitos de exhibicionismo y provocación sexual).
- c) Delitos del Capítulo II bis CP. Parece claro que se trata de una norma que está necesitada de reforma, ya que, al no haber sido actualizada por medio de la reforma de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, se refiere a un ya inexistente Capítulo II bis CP. Las opciones interpretativas son dos. O bien se entiende que mientras no se reforme el precepto estamos ante letra muerta (lo que sería coherente con una visión estricta del principio de legalidad); o, por el contrario, se interpreta que dicha referencia legal al Capítulo II bis se entiende hecha al actual Capítulo II.

Obviamente no basta con la realización física de la conducta, sino que ésta tiene que cursar utilizando procedimientos que supongan uso de medios tecnológicos que impliquen la posibilidad de una difusión a un público potencialmente indeterminado.

La Ley prevé la posibilidad de retirada, cautelar o definitiva, de los contenidos, así como del bloqueo del acceso a aquéllos.

H) REGULACIÓN COMÚN A LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y CORRUPCIÓN DE MENORES

H.1. Retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o bloqueo del acceso

Dicha posibilidad se regula en el art. 189.8 CP, y cabe adoptarlo como consecuencia

jurídica definitiva (en la sentencia condenatoria.) o como medida cautelar, siempre a petición del Ministerio Fiscal. Sus efectos son muy limitados, toda vez que es sencillo trasladar los contenidos a otra dirección (ampliamente, vid. Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2012, pp. 188 y ss.).

H.2. Responsabilidad de las personas jurídicas

Conforme al art. 189 ter CP, los delitos del Capítulo son de los que pueden imputarse a las personas jurídicas, determinando la punición de éstas. Son aplicables, pues, los criterios de imputación de la responsabilidad, penas aplicables, medidas accesorias y responsabilidad civil, en los términos de los arts. 31 bis, 33.7, 129 y 116.3 CP.

EJEMPLO: Si una sociedad limitada se dedica a organizar empresarialmente la prostitución y se da la circunstancia de que entre las personas prostituidas aparece algún menor, sin que conste quien lo indujo a ejercer o, constando, fallece o se fuga, se puede actuar penalmente contra la sociedad misma, con plena independencia de lo que acaezca con la persona física directamente responsable.

5. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

En el Capítulo VI se recogen una serie de disposiciones comunes aplicables a todos los Capítulos del Título VIII del Libro II CP.

A) REINCIDENCIA INTERNACIONAL

Dispone el art. 190 CP que la condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Título, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 20.8 CP). No obstante, se ha destacado que sin la creación de un registro internacional la utilidad del art. es escasa. El art. 190 CP no hace referencia a la exclusión de la aplicación de la agravante cuando el antecedente ha sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español, situación en la que no sería operativa.

B) PERSEGUÍBILIDAD Y PERDÓN DEL OFENDIDO

De acuerdo con el art. 191.1 CP, para proceder por los delitos de agresiones, acoso sexual, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. Se trata de una condición objetiva de perseguitabilidad que otorga a estos delitos un carácter impropiamente denominado «semiprivado» (impropriamente, puesto que el proceso penal es siempre público). Se trata, pues, de evitar lo que se ha llamado victimización secundaria, esto es, que el procedimiento penal contribuya a incrementar el daño sufrido

por la víctima. Aun cuando el Ministerio Fiscal puede impulsar el proceso, en la práctica éste difícilmente puede seguir adelante con oposición de la víctima.

Asimismo, dispone el art. 191.2 CP que en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase. La regla es superflua al estar ya regulado con carácter general en el art. 130.5 CP. Se trata de evitar posibles situaciones de presión sobre la víctima, así como de ésta sobre el delincuente para obtener un lucro superior al que corresponde.

C) LIBERTAD VIGILADA

Dispone el art. 192.1 CP que a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

Cuando la Ley se refiere a los condenados, en abstracto, parece incluirse a todos los codelincuentes, autores, inductores, cooperadores necesarios, y cómplices. No obstante, considerando que normalmente la peligrosidad que fundamenta la imposición de tal medida es la característica del autor, la Ley debería dejar en manos de jueces y tribunales la posibilidad de aplicarla a los partícipes.

D) REGLAS PENOLÓGICAS

El art. 192.2 CP regula una agravación de la pena en caso de que los intervenientes en los hechos sean ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. La agravación no se aplica cuando tal circunstancia ya se contemple en el tipo penal de que se trate, porque implicaría un constitucionalmente prohibido *bis in idem*.

El art. 192.3 CP establece la necesaria imposición a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años.

Asimismo, a las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

El mismo precepto, en su apartado segundo, impone una pena de inhabilitación

especial para cualquier profesión, oficio o actividades que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.

E) FILIACIÓN Y ALIMENTOS

El art. 193 CP dispone que las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos. El pronunciamiento sobre la filiación tendrá lugar en los casos en los que, como consecuencia del delito, se haya producido el embarazo de la víctima, lo que sólo podrá acaecer en el caso de acceso carnal por vía vaginal. En lo que respecta a la fijación de alimentos, se ha destacado que procede no sólo en los anteriores casos de embarazo como consecuencia del hecho sexual, sino también en las hipótesis de privación de la patria potestad (por ejemplo, el agresor es simultáneamente el padre), donde puede permanecer el deber de alimentos. Aun cuando la Ley se refiere expresamente tan sólo a los delitos contra la libertad sexual, no hay problema en ampliarlos a los delitos contra la indemnidad sexual, ya que, siendo una norma de naturaleza civil no se encuentra sometida estrictamente al principio de legalidad.

F) MEDIDA EN CASO DE TERCERÍA LOCATIVA

Conforme al art. 194 CP, en los supuestos tipificados en los capítulos IV y V, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, se decretará en la sentencia condenatoria su clausura definitiva. La clausura podrá adoptarse también con carácter cautelar.

En la jurisprudencia, se descarta la aplicación de la medida cuando el local se encuentra en manos de un tercero no condenado por el delito (STS 1998 de 7 octubre).

G) REGLA CONCURSAL EN CASO DE VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA

Conforme al art. 194 bis CP, las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen. De esa manera, cuando de una agresión sexual violenta o intimidatoria se trate, la Ley ha construido un concurso de delitos. En consecuencia, en tales casos, no procede la aplicación autónoma del delito de agresiones sexuales, el cual debería ir acompañado, en la práctica totalidad de hipótesis, de los correspondientes delitos de lesiones o amenazas.