

# LA LEY Penal

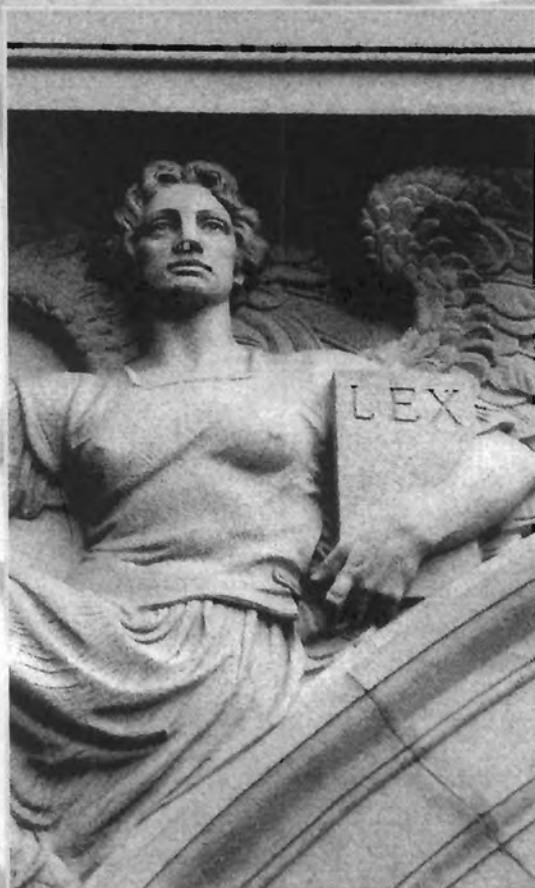
REVISTA DE DERECHO PENAL,  
PROCESAL Y PENITENCIARIO

Número 80

Año VIII

Marzo 2011

Estudios  
monográficos | **Ley Orgánica 5/2010 (V)**



## Sumario

- ✓ **Legislación aplicada a la práctica:** La relevancia de la conducta de la víctima para la imputación: autopuesta en peligro y actuación a propio riesgo
- ✓ **Criminología:** La estigmatización en prisión
- ✓ **Práctica Penal:** Interpretación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal

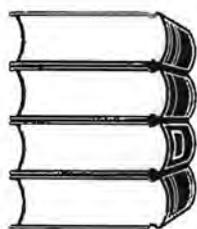


**LA LEY**

grupo Wolters Kluwer



3652K15269



### Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual

POR MANUEL CANCIO MELIÁ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**Resumen:** los delitos sexuales han experimentado una intensa reforma desde la Ley Orgánica 3/1989 hasta la reciente Ley Orgánica 5/2010. En este trabajo se analiza, desde la perspectiva de esta última, este devenir normativo, valorándose su coherencia y eficacia.

**Palabras clave:** Delitos sexuales. Indemnidad sexual. Libertad sexual. Reforma penal.

**Abstract:** *The sexual offences have experienced an intense reform from Organic Law 3/1989 until the recent Organic Law 5/2010. This work analyses, from the perspective of the latter Law, this normative materialisation, evaluating its consistency and efficiency.*

**Keywords:** *Sexual Offences. Sexual Indemnity. Sexual Freedom. Criminal Reform.*

#### SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Modificaciones
  1. Nuevas consecuencias jurídicas de alcance general
    - a) La libertad vigilada
    - b) La privación de la patria potestad
  2. Agresiones sexuales
  3. Abusos sexuales
  4. Agresiones y abusos contra menores de trece años
  5. Delitos relacionados con la prostitución y pornografía de menores
- III. Alguna conclusión
- IV. Bibliografía citada

#### I. INTRODUCCIÓN

1. a) Como es sabido por cualquiera que se interese algo por la legislación penal, uno de los sectores de ésta que ha estado sometido a mayores cambios en los últimos años —en España y en los países de nuestro entorno jurídico—cultural, tanto en Europa como en América— es el de los delitos sexuales. Cabe afirmar que las modificaciones que ha sufrido este grupo de infracciones alcanzan un número, profundidad y rapidez especialmente marcados en el caso del ordenamiento jurídico—penal español, hasta el punto de que puede afirmarse que han estado sometidas en los últimos años a una verdadera *cascada de cambios*, cuyo punto de parti-

da está en la profunda reforma estructural llevada a cabo mediante la LO 3/1989.

A través de esa reforma se produjo, en lo fundamental (pues ya hubo modificaciones parciales en esta línea con anterioridad, una vez eliminada la dictadura, suprimiendo, por ejemplo, la punición del «amancebamiento» o del «escándalo público»), el tránsito de una regulación centrada en una moral sexual colectiva asimétrica, orientada hacia la atribución de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (*honestidad*), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodetermi-

**A**demás, desde 1995 ha habido muy notables modificaciones, sobre todo a través de la LO 11/1999, que han supuesto —como en otros países de Occidente— un proceso de endurecimiento de la regulación

narse en este contexto), es decir, de un Derecho penal sexual *patriarcal*, hacia una regulación centrada en la «libertad sexual de todos», como dice la EM del CP 1995.

La profundidad de este cambio de rumbo en las legislaciones de Occidente se aprecia si se hace una breve reflexión histórica: probablemente por primera vez —al menos en las sociedades occidentales— desde la revolución neolítica, la mujer emerge normativamente en este nuevo modelo de relaciones que el Derecho penal sexual refleja como agente libre e igual en derechos al varón. La relevancia de este paso también abre la perspectiva para ver que el cambio normativo del ordenamiento jurídico no ha sido acompañado por una transformación igual de profunda y radical en las relaciones sociales: la realidad empírica de los delitos sexuales sigue siendo profundamente asimétrica en cuanto al sexo (aun dentro del marco general en el que, como es sabido, son los hombres quienes cometen la gran mayoría de infracciones criminales). Sobre todo en materia de los delitos cometidos con violencia e intimidación, las infracciones de carácter sexual siguen siendo delitos que cometen hombres contra mujeres. Sin embargo, no hay ninguna diferenciación típica en función del sexo en la regulación penal, a diferencia de lo que ha sucedido recientemente en la llamada violencia de género.

b) A pesar de este cambio radical de la regulación producido en 1989, con posterioridad —tanto en el CP 1995, que consolidó el nuevo sistema de regulación, como en las LO 11/1999, 11/2003 y 15/2003, que lo reformaron— se han venido introduciendo relevantes modificaciones adicionales.

Puede decirse que, en lo esencial, el cambio de modelo llevado a cabo en 1989 y 1995 apuntaba en dos direcciones: *por un lado*, la nueva regulación persiguió el fin de adecuar la tipificación al bien jurídico incorporado al nuevo rótulo del Título VIII, y ello mediante una *despenalización* bastante amplia, eliminando algunas infracciones existentes en las regulaciones ante-

rioros que mostraban más bien una tendencia a proteger determinadas concepciones sociales sobre la moral sexual (infracciones recogidas sobre todo en los Capítulos IV y V del Título VIII: delitos de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución y a la corrupción de menores). *Por otro lado* —en el ámbito de la incriminación de las conductas más graves (Capítulos I y II; delitos de agresiones y abusos sexuales)—, el legislador quiso introducir un *sistema de tipificación* nuevo, que se apartó en forma y fondo de manera radical de la regulación anterior.

2. La regulación resultante de ese cambio radical de orientación que se completó en el nuevo Código ha ido endureciéndose y ampliándose en las diversas reformas habidas desde 1995 a las que se acaba de aludir (1).

En efecto, las reformas producidas sobre el nuevo modelo, mucho más intensas que en otros sectores del Derecho penal, significan que los delitos de relevancia sexual han estado sometidos en el ordenamiento español, como acaba de señalarse, a un proceso de continuas modificaciones.

Como se aprecia con una rápida comparación entre la regulación preexistente y la introducida en el CP 1995, hay numerosos aciertos en la redacción resultante del nuevo modelo introducido, entre los cuales debe destacarse sobre todo que la igualdad de ambos sexos en la protección de su libertad sexual —que había recibido un decidido impulso ya en la reforma introducida por LO 3/1989— queda asegurada; uno de los elementos centrales de la reforma, como antes se indicaba. Pero en gran parte, el mercado doctrinal de ideas había «descontado» ya esos defectos eliminados: se daba por supuesta su eliminación en una reforma en profundidad.

Además, desde 1995 ha habido muy notables modificaciones, sobre todo a través de la LO 11/1999, que han supuesto —como en otros países de Occidente— un proceso de *endurecimiento* de la regulación. Desde esta perspectiva ha de anotarse que el grado de indecisión y de falta

(1) Logran una sintética exposición de las reformas en el período entre 1999 y 2003 Díez Ripollés, en: IDEM/ROMEO CASABONA, *ComCP PE II*, Tít. VIII n.m. 1 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, en: *Política criminal*, págs. 337 y ss.

de criterio fundamentado en su actuación que ha caracterizado el proceder del legislador en el ámbito de la reorganización de la estructura de tipificación es más que notable, y ha perjudicado de modo esencial a la regulación resultante.

Como dijo con razón GIMBERNAT ORDEIG desde el principio (2), se alcanzó ya en el CP 1995 un «punto álgido» de un «*síndrome de Penélope*» legislativo, tejiendo y destejiendo continuamente el entramado de la Ley. A pocos años de la última y profunda reforma de estas infracciones en 1989 —cuya línea seguía el P 1992, proyecto que, al igual que otros textos prelegislativos, quedó embarrancado en la discusión política—, se volvieron a cambiar de modo radical los elementos esenciales. Como se encargó de señalar OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (3) respecto de la nueva regulación contenida en el CP de 1995, cabía ya sospechar que los puntos débiles de la nueva redacción —como ya sucedía con el texto anterior a la reforma de 1989 y acababa de suceder con el introducido por esta última— justificarían hablar también de un «*suplicio de Sísifo*», pues una vez subida la roca hasta la altura del Derecho positivo, ésta podía rodar hacia abajo por razón de esas deficiencias. A estas consideraciones cabría añadir, siguiendo en la terminología mitológica, que también parece poder detectarse un «*síndrome de Edipo*» en algunos puntos de la regulación, pues si bien se eliminó en 1995 —como se acaba de decir— acertadamente en algunos sectores la tipificación penal de ciertas conductas más bien orientadas a satisfacer determinadas concepciones socio-morales que a proteger el bien jurídico de la libertad o indemnidad sexual, en otros puntos del nuevo texto se advierte la inclusión de nuevas conductas de lesividad dudosamente merecedora de figurar en el Código, cuya tipificación es de carácter más bien simbólico: síndrome de Edipo, pues, ya que las arpias de la legislación moralizante

o meramente simbólica parecen perseguir al Derecho penal sexual donde quiera que vaya (4), aunque la nueva moral sexual colectiva (5), como es obvio, ya no sea la del sistema de incriminación patriarcal.

En el momento actual parece claro que las voces de Casandra en la línea de las acabadadas de citar se han quedado en eso: tenían y tienen razón; y no han recibido atención alguna. En efecto, las LO 11/1999 y 15/2003 introdujeron modificaciones de gran importancia, en algún caso, con idas y venidas que serían indignas del rigor exigible a una orden ministerial. En este sentido, cuando la EM de la Ley de 1999 afirmaba que la redacción de 1995 «no responde adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego», habría que indicar que lo que no responde a las exigencias de una política criminal sería es la actividad del legislador español (6). Aun constatando que alguna de las modificaciones introducidas en las sucesivas remiendo-reformas era imprescindible —sobre todo, en materia de víctimas menores o incapaces—, el panorama no puede ser más desolador desde la perspectiva de una actividad legislativa racional. Si se dice comúnmente que los experimentos deben realizarse con líquidos inocuos, parece claro que el legislador español ha usado para los suyos, en materia de delitos sexuales, de forma reiterada directamente el texto de la Ley.

En cierto modo las dos finalidades básicas antes aludidas del nuevo modelo de tipificación (podar la anterior regulación adecuándola al bien jurídico protegido, por un lado, y renovar el sistema de incriminación, por otro) se han traducido, en el CP 1995 y en las posteriores reformas, en dos consecuencias prácticas opuestas: *despenalización* en algunos supuestos peri-

(2) 1996, pág. XXIII.

(3) AP 1996, págs. 597, 606.

(4) CANCIO MELIÁ, LL 1996, pág. 2.

(5) Vid. sólo DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, en: *Política criminal*, págs. 337 y ss., 356, 361; MUÑOZ CONDE, PE18, págs. 220 y ss.

(6) Sobre la gestación parlamentaria de esa reforma sólo CUERDA ARNAU, *Delitos contra la libertad sexual*, págs. 202 y ss.; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL, *ComCP 6*, págs. 435 y ss.

féricos al bien jurídico (aunque, en algunos casos, con un péndulo de re-penalización de rápida oscilación en las modificaciones a partir de 1999), *aumento del ámbito de incriminación* en supuestos relacionados más directamente con la libertad sexual de los adultos, y, sobre todo, en delitos cometidos contra menores. En cuanto a la primera finalidad, de despenalización (7), el legislador la alcanzó fundamentalmente a través de la eliminación progresiva de aquellas figuras de las regulaciones anteriores cuyo objeto de protección no era esencialmente la libertad (indemnidad) sexual (sobre todo, mediante la supresión de numerosas figuras en el ámbito de la prostitución [Cap. V] y del delito de raptó [art. 440 CP TR 1973]).

En este contexto, la reforma introducida en la LO 11/1999 volvió a desandar parcialmente (respecto de la regulación recién estrenada en el CP 1995) el camino de despenalización, reintroduciendo el delito de corrupción de menores (cfr. hoy art. 189.4) y estableciendo alguna figura de nuevo cuño (cfr. arts. 184.1: acoso sexual horizontal, el entonces 188.2 [introducción de personas con fines de explotación sexual], y el actual 189.1 2º inc.: distribución de pornografía infantil), además de llevar a cabo una revisión, al alza y generalizada, de las penas. Una nueva reforma, pocos años después, realizada a través de la LO 15/2003, reforzó de nuevo las penas y llevó a cabo en diversos puntos una anticipación de la criminalización en materia de pornografía infantil (art. 189.1 *in fine*, 2., 7.), mientras que la LO 11/2003 reintrodujo la punición de determinadas formas de proxenetismo (art. 188.1 *in fine*).

Respecto de la segunda de las direcciones aludidas, de *reordenación de la regulación*, ha de recordarse, en primer lugar, que las infracciones se encuentran ordenadas en función de su gravedad, de mayor a menor, a diferencia de la regulación anterior al CP 1995, que en el Título correspondiente introducía los delitos de exhibicionismo y provocación sexual entre los de violación y estupro. En segundo lugar, como se ha dicho, con la regulación introducida en el CP 1995 se aban-

donó el sistema de tipificación anterior en los delitos de mayor gravedad. Si en la regulación anterior existían —como formas más graves de atentado contra la libertad sexual— dos delitos, violación y estupro, incorporando sendos tipos de recogida, ahora se prevén dos tipos básicos (arts. 178 y 181) acompañados de modalidades agravadas (arts. 179 y 182). Más importante es, desde luego, que el contenido de estas infracciones también varió: el criterio rector es ahora la distinción en atención a que haya existido violencia o intimidación (agresiones sexuales, Cap. I) o no (abusos sexuales y acoso sexual, Cap. II y III). La modificación de las conductas típicas individuales, que consiste en este ámbito de las infracciones más graves sobre todo en la introducción de nuevas modalidades, justificó para el legislador de 1995 la desaparición incluso de las denominaciones de estupro y violación (reintroducida esta última en la reforma de 1999, sin que se recuperara, sin embargo, el término de estupro).

3. Es sobre este suelo ya más que mojado —con la riada de un cambio radical de sistema en 1989/1995, seguida de continuos chaparrones de modificación desde entonces— que cae ahora, con la LO 5/2010, la nueva reforma a presentar sintéticamente a continuación. Los contenidos de ésta son los siguientes:

— en primer lugar, con carácter general, se introducen para los delitos sexuales la nueva medida de libertad vigilada (art. 192.1) y la pena de privación de la patria potestad (art. 192.3);

— en materia de agresiones sexuales, en segundo lugar, se incrementa la pena máxima del tipo básico del art. 178 y la mínima para los supuestos agravados del art. 180, pasando de cuatro a cinco años, además de alguna modificación menor;

— en tercer lugar, en los delitos de abusos del régimen común —sujetos pasivos mayores de trece años—, se introduce en el art. 181 una nueva modalidad, de anulación de «la voluntad de la víctima mediante el uso de

(7) Cfr. de modo general sobre esta meta ya Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, págs. 17 y ss., 20 y ss.

**A**sí, cualquier delincuente de hechos recogidos en el título VIII podrá ser sometido a la medida (a excepción del último inciso del art. 192.1 para los autores de un delito menos grave aislado).

fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto», y se modifica algo la redacción del abuso fraudulento —frente a víctimas entre trece y dieciséis años—;

—en lo que se refiere a los delitos de agresiones y abusos cometidos frente a menores de trece años, en cuarto lugar, éstos se regulan en un nuevo Capítulo II bis, de modo separado (nuevo art. 183), y se introduce un nuevo delito de preparación —también limitado a menores de trece años— que podría denominarse acoso por medio de tecnologías de la información (art. 183 bis), acompañándose la reordenación de un incremento de la mayoría de las penas previstas hasta ahora;

—en quinto lugar, en cuanto a los delitos relativos a la prostitución y a los referidos a la pornografía infantil, en ambos casos, respecto de menores, se incrimina expresamente la conducta del *cliente* de menores prostituidos (art. 187.1 II), se agrava la pena en los supuestos en los que no alcancen la edad de trece años (art. 187.2, 188.2 y 3) y se incluyen nuevas conductas típicas en relación con la pornografía de menores (art. 189.1 a) y b), agravándose también aquí las penas. Además, se prevé en el art. 189 bis la introducción —conforme al principio de *numerus clausus* que la rige— de la responsabilidad de las personas jurídicas que sean responsables, en los términos de las reglas contenidas en el art. 31 bis, de estas infracciones (incluyendo todas las infracciones del capítulo, también las referidas a prostitución de adultos).

Desde la perspectiva aquí adoptada —como se intentará mostrar en las páginas que siguen—, las deficiencias que

cabe observar en la configuración de estas modificaciones introducidas mediante la LO 5/2010 en el presente sector de regulación pueden ser reconducidas a los problemas generados por el errado rumbo del tratamiento legislativo de estas infracciones desde, al menos, 1995.

## II. MODIFICACIONES

### 1. Nuevas consecuencias jurídicas de alcance general

#### a) La libertad vigilada

La nueva medida postdelictiva de la libertad vigilada se extiende en el nuevo art. 192.1 a todos los delitos sexuales, concretamente, durante un período de cinco a diez años, si el sujeto ha sido condenado por un delito grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o varios delitos menos graves. Si se trata de un solo delito menos grave «cometido por delincuente primario», el Tribunal queda facultado por prescindir de la imposición de la medida «en atención a la menor peligrosidad del autor».

Parece claro que, con la introducción de esta medida, se responde por parte del legislador a la especial sensibilidad social que existe respecto de determinados delincuentes sexuales imputables, pero cuya peligrosidad subsiste después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, presentando un alto riesgo de reincidencia (8).

Sin que aquí se pretenda entrar en la justificación general de esta nueva figura, lo cierto es que, desde sus propios planteamientos de partida —controlar después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, desaparecido el efecto asegurador de ésta, a determinados imputables peligrosos—, la

(8) De todos son conocidos casos de especial impacto mediático-social, como, muy señaladamente el «caso Mariluz», así llamado porque se refiere a una niña de muy corta edad —cinco años— muerta por un sujeto condenado —la sentencia, firme, no se comenzó a cumplir, debido, al parecer, a un completo desbarajuste en la ejecución por parte del órgano judicial responsable— por delitos sexuales frente a menores. Este caso generó una competición entre las dos principales formaciones políticas de ámbito estatal por mostrar mayor «implicación emocional» (no tanto por evitar el caos y la desidia en la ejecución de sentencias penales), incluyendo una entrevista con el padre de la víctima, convenientemente publicitada, del presidente del Gobierno y, últimamente, un nombramiento por parte del principal partido de la oposición de ese padre como «asesor para la reforma penal». En el ámbito parlamentario, se aprobó una proposición no de Ley formulada por este último partido en 2008 demandando medidas de control postdelictivo.

configuración de la libertad vigilada constituye un completo absurdo. Se ha señalado que las tasas de reincidencia de los autores de delitos sexuales no se desvían de modo significativo respecto de otras infracciones, no siendo, por lo demás, las más elevadas (9). Esto indica que hay un error de base en todo el planteamiento: la medida de libertad vigilada se refiere a sujetos de especial peligrosidad, pero se dispone no en función de este dato, sino de la clase de delito cometido. Es evidente que no todos los autores de delitos sexuales graves presentan esa especial peligrosidad y tendencia a la reincidencia. Así, cualquier delincuente de hechos recogidos en el Título VIII podrá ser sometido a la medida (a excepción del último inciso del art. 192.1 para los autores de un delito menos grave aislado), pero ningún delincuente de delitos contra la vida, por mucho que exista un evidente riesgo de reincidencia (10). Un fármaco destinado a acabar con un determinado agente patógeno se aplica a todas las enfermedades aparecidas en un determinado término municipal. Con independencia de que la medida en sí resulte positiva o no, así, desde luego, carece de todo sentido.

#### b) La privación de la patria potestad

Son los delitos sexuales que han dado motivo a la inclusión en el ordenamiento de esta nueva pena, introducida en el catálogo de penas del art. 33.2 y en la regulación de las penas privativas de derechos del art. 39, sumándose la pérdida a la inhabilitación temporal antes contemplada (arts. 192.3 y 46).

## 2. Agresiones sexuales

a) Son muy limitadas las modificaciones en estas infracciones, ya muchas veces reformadas en los últimos años: se contraen, por un lado, en el tipo básico del art. 178, a la sustitución de la formulación «con violencia o intimidación» por la de «utilizando violencia o intimidación», por un lado, y a la elevación de la pena máxima de cuatro a cinco años de prisión. Por otro, en el art. 180.1 se eleva el mínimo de la pena agravada

por las circunstancias contenidas en ese artículo respecto del tipo básico del art. 178, de cuatro a cinco años, y se incluye en la circunstancia tercera del art. 180.1.3ª junto con la edad, enfermedad o situación también la discapacidad.

El primero de los cambios resulta irrelevante: nadie había discutido que la violencia o la intimidación debían ser los medios comisivos para obtener el contacto sexual delictivo (11), entendiéndose que «con» significaba «mediante».

El segundo de los cambios es consecuencia de la necesidad de adaptar la regulación española a la DM 2004/68/JAI (22.12.2003): puesto que en ella se establece un mínimo para la pena máxima de cinco años para todas las infracciones cometidas contra menores de edad mediante «coacción, fuerza o amenaza» (arts. 1 a), 5.2), y el legislador sólo ha sustraído en la LO 5/2010 del régimen común a través del nuevo Cap. II bis los menores de trece años, los menores de edad mayores de trece años siguen incluidos en los preceptos comunes, la elevación debía producirse bien en el marco penal común, bien en una nueva agravación específica para los menores de 13 a 17 años.

La elevación de la pena mínima para las agresiones sexuales del tipo básico del art. 178 agravadas en el art. 180 deriva de la que acaba de indicarse en la pena máxima del tipo básico.

Finalmente, la introducción del término discapacidad parece indicar que la «enfermedad» no lo comprendía —a diferencia de lo que es la interpretación mayoritaria respecto del art. 143.4, a la hora de fijar los presupuestos del tipo privilegiado de auxilio al suicidio en caso de eutanasia (12)—; en todo caso, para el ámbito concreto de esta circunstancia de agravación, el alcance potencialmente omnicomprendivo del término «situación», o una interpretación razonable del término «enfermedad» ya permitían incluir los supuestos relevantes de discapacidad.

(9) Vid., por ejemplo, CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 245.

(10) Así lo señala TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 168.

(11) SÁNCHEZ DAFUQUE, *Comentarios*, pág. 220.

(12) SÁNCHEZ DAFUQUE, *Comentarios*, pág. 222.

**A** esta reordenación se ha sumado, en el transcurso de la tramitación parlamentaria, el delito de acoso mediante tecnologías de la comunicación

b) Como ha señalado, en particular, SÁNCHEZ DAFUICE (13), cabe pensar que lo problemático en el nuevo régimen de estos delitos —los de agresiones sexuales generales, es decir, respecto de sujetos pasivos mayores de trece años—, viene sobre todo dado por lo que no se ha hecho, es decir, por la falta de armonización de su régimen con las previsiones del nuevo Capítulo II bis y nuevas agravaciones introducidas en la prostitución coactiva del art. 188: por un lado, el régimen general no contempla la agravación por la vinculación del autor a una organización o grupo criminal (con diferentes formulaciones, en el art. 183.4 y en el art. 188.4) ni la agravación derivada de la puesta en peligro de la vida (art. 183.4, e, incluyendo la vida y la salud, y de modo doloso o imprudente, en el art. 188.4). Por otro, a la inversa, el nuevo régimen de las agresiones y abusos frente a menores de trece años no contempla una hiperagravación como la del art. 180.2 para las infracciones frente a mayores de trece años cuando concurren varias agravantes.

En lo que se alcanza a ver, estas divergencias no responden a otro fundamento que el de la técnica legislativa del remiendo miope: sólo se tiene presente el trozo de tela a remendar en cada caso, y se pierde de vista la prenda en su conjunto. Los Tribunales serán quienes deberán intentar evitar desórdenes valorativos como consecuencia de este rompecabezas diseñado tan a la ligera.

### 3. Abusos sexuales

En los delitos de abusos sexuales hay que constatar, en primer lugar, la reordenación provocada por el nuevo tratamiento

de los abusos cometidos contra menores de trece años, ahora inculminados junto con las agresiones a esta clase de sujetos pasivos en el nuevo Cap. II bis: los abusos por incapacidad situacional para consentir (art. 181.2) y los de prevalimiento (art. 181.3), así como el tipo de recogida del art. 181.1 (abuso sexual sin consentimiento), se concentran en el art. 181, pasando el tipo cualificado por invasión de la esfera corporal del art. 182 al nuevo art. 181.4, y siendo trasladado el abuso fraudulento para menores de 16 y mayores de 13 años al art. 182, liberando así el art. 183 para el nuevo Cap. II bis.

La única modificación de la tipificación en los abusos sexuales generales —sin que se aborde el problema básico de estas infracciones desde la LO 11/1999, es decir, el establecimiento de un mismo marco penal para conductas cuya lesividad difiera de modo sustancial (14)— está en la adición, en los supuestos del art. 181.2, a la «privación de sentido» y al «trastorno mental», de los supuestos «que se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

La adición parece innecesaria (15), puesto que podía encuadrarse perfectamente en la hipótesis de la «privación de sentido» —sin perjuicio que el uso de la sustancia pueda dar lugar a la calificación como delito de lesiones—, y probablemente responda a la aparición en los medios de comunicación de supuestos de estas características, vinculados al uso de determinadas drogas de síntesis, a la que el legislador ha querido responder ágilmente mediante esta tipificación accionista.

(13) SÁNCHEZ DAFUICE, *Comentarios*, pág. 221.

(14) *Vid.* sólo CANCIO MELIÁ, *Memento*, n.m. 9358.

(15) De otra opinión CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 226, quien cree que podían plantearse dudas en torno a si estos supuestos deben ser encuadrados entre los delitos de agresiones sexuales o ser considerados casos de abuso. Sin embargo, no se alcanza a ver cómo podría afirmarse, sin vulnerar el principio de legalidad, que aquí concurre violencia o intimidación, y, en cambio, parece claro que puede considerarse que la «anulación de la voluntad» de la que habla la nueva modalidad es equivalente —como señalaba la doctrina— a la «privación de sentido». Por su parte, MARTÍN LORENZO, *Memento Reforma*, n.m. 1270, interpreta que el fin de la nueva previsión es abarcar constelaciones en las que no se da una verdadera pérdida de sentido; de nuevo, no parece claro con qué criterio se va a poder establecer una diferencia entre ambas situaciones.

(16) También destacan la importancia de este elemento de la reforma MARTÍN LORENZO, *Memento Reforma*, n.m. 1286; TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, págs. 167, 169.

Finalmente, en materia de abuso sexual fraudulento, ahora en el art. 182, se ha producido una modificación del tenor literal, sustituyendo la descripción «cometiere abuso sexual» por la de «realice actos de carácter sexual». Tampoco aquí se alcanza a ver ninguna modificación en el alcance del tipo.

#### 4. Agresiones y abusos contra menores de trece años

Probablemente, el elemento de mayor importancia (16) de toda la reforma en el sector de regulación está en la opción del legislador de incriminar de modo separado las agresiones y los abusos sexuales cometidos contra menores de trece años, en un nuevo Cap. II bis que utiliza para el grueso de la regulación el art. 183 *despedado* mediante la reordenación de los abusos frente a mayores de trece años acabada de mencionar, y viene acompañada de una sensible subida de penas. A esta reordenación se ha sumado, en el transcurso de la tramitación parlamentaria, el delito de acoso mediante tecnologías de la comunicación —pensando sobre todo en diversos dispositivos de internet, pero abarcando también otros medios: «teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación»— ahora incorporado en el art. 183 bis.

a) El primer elemento a tener en cuenta en esta modificación está precisamente z—al margen del alcance y las características concretas de la tipificación— en el *tratamiento diferenciado* de estos delitos

sexuales cuando son cometidos frente a personas que deben quedar, en principio, conforme a la definición del ordenamiento penal español fuera de todo contexto sexual: los menores de trece años (17). Así se reconoce en el plano de la sistemática de tipificación (18) de modo simbólico el carácter específico de las infracciones que afectan a estos sujetos pasivos.

Desde el punto de vista aquí adoptado, esto es independiente de que se considere —como ha sostenido cierto sector doctrinal— que los comportamientos delictivos que se cometen contra menores afectan a un aspecto diferente de la *libertad sexual*, la así llamada «intangibilidad» o «indemnidad sexual», o, por el contrario, se piense que hay un solo bien jurídico «libertad sexual», del cual sólo sería un aspecto sectorial el de la protección de los menores (19). Si libertad sexual significa «autodeterminación sexual» —es el término utilizado en el StGB alemán—, se afirma, los sujetos pasivos específicamente protegidos en función de la especial vulnerabilidad —menores e incapaces— que genera su sexualidad inmadura verían protegida no su libertad —inexistente y/o no reconocida por el ordenamiento—, sino su indemnidad. De hecho, en la reforma de 1999, el legislador —cosa poco frecuente, desde luego, y que sólo se explica por la relevancia mediático—política de los delitos sexuales cometidos contra menores— ha terciado en esta discusión conceptual, añadiendo a la mención exclusiva de la «libertad sexual» la de la «indemnidad», confirmando así esa impresión inicial.

- (17) Contraria a la opción de diferenciación se muestra MARTÍN LORENZO, *Memento Reforma*, n.m. 1286; *vid.* también QUERALT JIMÉNEZ, *PE6*, pág. 236, quien opina que la modificación da a entender que la tipificación anterior era insuficiente.
- (18) *Vid.* también la formulación concreta en el art. 183: se habla de un «abuso sexual a un menor» a la hora de identificar el delito cometido en el art. 183.1.
- (19) *Cfr.* sólo COBO DEL ROSAL, *ComLP II*, págs. 401 y ss.; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, págs. 40 y ss.; EADEM, en: COBO DEL ROSAL, *ComCP 6*, págs. 443 y s.; GONZÁLEZ RUS, *La violación*, págs. 283 y ss., 626 y s.; MUÑOZ CONDE, *PE10 [1996]*, págs. 176 y ss.; *PE18*, págs. 216 y ss., quien afirma que la diferenciación se ha convertido «en el verdadero factor aglutinante de la reforma de 1999 y de la nueva regulación de este Título tras la reforma de 2010» (pág. 216); *cfr.* también la EM de la LO 11/1999, y, por ejemplo, la sistematización en este sentido del Código Penal portugués entre delitos contra la «libertad sexual» (arts. 163 a 171) y contra la «autodeterminación sexual» (arts. 172 a 176). Por la opinión contraria, que no admite la autonomía de la «indemnidad» frente a la «libertad» sexual, *cfr.* sólo Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, págs. 24 y ss., 28 y s.; IDEM: en IDEM/ROMEO CASABONA, *ComCP PE II*, Tít. VIII n.m. 11 y ss., 22 y ss.
- (20) En sentido similar CUERDA ARNAU, *Delitos contra la libertad sexual*, pág. 218; así también se ha pronunciado el TS, *vid.* por ejemplo STS 476/2006 (2.5.2006).

Aun a riesgo de simplificar en demasía, parece poder afirmarse que la relevancia de esta polémica puede resultar bastante limitada (20). En última instancia, no puede negarse que no todas las infracciones en este contexto se refieren a la libertad sexual en un sentido estricto (autodeterminación de un adulto), ni que todo este sector de regulación depende en su interpretación del tratamiento social de la sexualidad y de la definición de quiénes deben quedar al margen, *indemnes*, de determinados contactos sexuales. Pero tampoco puede negarse que en la actualidad todo el contexto sexual, tanto en el plano jurídico como en el de la praxis social, tiene como punto de referencia esencial la noción de libertad sexual (21), en el sentido de que la protección de la indemnidad de hoy — en el caso de los menores— se lleva a cabo para poder construir la libertad de mañana (22). Parece, entonces, que procede concluir la referencia a esta cuestión de un modo un tanto abrupto: con todo respeto hacia la construcción conceptual del bien jurídico —y al margen de la utilización propagandística, en el caso español, del concepto fragmentado (23)—, lo cierto es que no hay indicios de que ésta sea una cuestión decisiva en el plano político-criminal. La discusión debe interesarse, sobre todo, por cuál es el ámbito de incriminación efectivo, es decir, qué conductas son suscepti-

bles de ser incluidas de modo legítimo en el ámbito penal. Y para ello no necesariamente la adopción de un modelo diferenciado o unitario de bien jurídico es el elemento decisivo. Es decir, que no necesariamente la opción por un concepto fragmentado de bien jurídico implica una decisión por un ámbito de criminalización más extenso (ni a la inversa).

En todo caso, es claro que los delitos sexuales cometidos contra menores de trece años generan un injusto de especial intensidad, pues a las edades en cuestión, agresiones o abusos sexuales pueden comprometer el desarrollo de la libertad sexual del futuro adulto (24). En la necesidad de subrayar específicamente esa singularidad convergen la política criminal común europea —condensada en la citada DM 2004/68/JAI— y el concreto ambiente político-criminal español en la materia (25).

b) En lo que se refiere a la concreta tipificación introducida, lo primero que llama la atención es que las *penas* superan notablemente los mínimos de pena máxima que establece la norma de armonización europea.

En cuanto a los *tipos básicos*, se produce un incremento para los abusos del marco de uno a tres años de prisión o multa en



- (21) Sobre esta discusión con posterioridad a 1999, cfr. por todos Díez RIPOLLÉS, RDPCr 6 (2000), págs. 69 y ss.; MUÑOZ CONDE, PE18, págs. 216 y ss. y la sintética exposición de ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos*, págs. 114 y ss.
- (22) «Derecho a un desarrollo y una formación adecuados», a un «adecuado proceso de socialización», ORTS BERENGUER en: VIVES ANTÓN, PE, pág. 231.
- (23) Pues en este sentido, parece que puede decirse que la introducción, en la reforma de 1999, de la modificación en el rótulo (la introducción de la «indemnidad»), pretendía, más que intervenir en la discusión teórica acerca de si la libertad sexual es una, es bifronte o es trina, acusar al anterior legislador, a la mayoría parlamentaria de centro-izquierda que impulsó el nuevo Código penal español de 1995, de dejación de la protección, precisamente, de los que deben permanecer «indemnes» (lo que es un tema enormemente sensible para la opinión pública europea y española, especialmente en los últimos años en los que han tenido particular relevancia en los medios de comunicación múltiples casos de abusos y agresiones sexuales a menores); sobre la sistemática de protección de los menores en Derecho penal español antes de la presente reforma, *vid.* por ejemplo, el estudio de TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor, passim* (con una posición muy crítica sobre la reforma de 1999).
- (24) El legislador de 2010 muestra una muy notable confusión en este ámbito cuando explica en la EM: «...se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado [¿no es ésta una definición de libertad sexual?], sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor [¿no es ésta una definición de indemnidad sexual?].»
- (25) CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 228; TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 166.
- (26) MESTRE DELGADO, LLP 61 (2009), págs. 16 y ss., 20.

el sistema de incriminación anterior (art. 181.1) a una pena de dos a seis años en la nueva regulación (art. 183.1), y para las agresiones, de cuatro a diez años en la redacción anterior (arts. 178, 180.1 3<sup>o</sup>) a los actuales cinco a diez años (art. 183.2). En los respectivos *tipos cualificados* por concurrir un contacto invasivo, la pena correspondiente a los abusos pasa de cuatro a diez años de prisión (art. 182.1) a ocho a doce años (art. 183.3), mientras que permanece inalterada en el caso de la agresión sexual (violación; art. 183.3 *in fine*). Debido a la desafortunada equiparación del marco penal correspondiente a los abusos sexuales del art. 181.1, llevada a cabo en 1999, se reproduce aquí una distorsión insostenible de las más elementales reglas de proporcionalidad: tén-gase en cuenta que en el concepto de abuso sexual entran también, en el escalón más bajo, los tocamientos fugaces y otras conductas de similar entidad, que tienen que compartir marco penal con comportamientos de indudable gravedad, como los de prevalimiento. ¿Parece razonable, proporcional, prever una pena de prisión no susceptible de suspensión, siempre, para todos los casos? (26).

c) La conducta típica básica, común a abusos y agresiones sexuales, ahora queda descrita como realizar «actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor» (27). Como ya ha indicado CUGAT MAURI, en lo que se refiere a los abusos, esta nueva descripción —innecesaria en la anterior sistemática, pues ésta se limitaba a establecer la presunción *iuris et de iure* de que «se consideran abusos sexuales no consen-

tidos los que se ejecuten sobre menores de trece años»— abre la puerta para flexibilizar la rígida frontera de edad en supuestos de relaciones sexuales entre adolescentes (puesto que el sistema de incriminación no conoce límites relativos), de las cuales (por ejemplo, en una joven pareja en la que uno de sus integrantes tenga catorce, quince o dieciséis años, y el otro, doce) puede afirmarse que «no atentan» contra la indemnidad sexual, mientras que la conducta de un adulto sí lo haría (28).

d) La nueva sistemática de separación de estas infracciones ha conducido al establecimiento de un *catálogo específico de agravantes* en el art. 183.4 (29). Éste recoge en parte agravaciones ya previstas (b), c), d)], para los abusos y/o para las agresiones, en la regulación anterior, y en parte agravaciones nuevas (a), e), f)]. La circunstancia contenida en la letra a) se refiere a los supuestos de mayor gravedad en este ámbito, los cometidos contra niños muy pequeños, que ni siquiera pueden formular su oposición a lo que se les hace (30). Fueron muy particularmente estos casos los que mostraron que el punto de partida general de toda la regulación instaurada en el CP 1995, en el sentido de que será más grave la violencia/intimidación que el abuso sin esos medios, no (siempre) cuadra desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico (31). Las previstas en e) y f) derivan de previsiones contenidas en la DM 2004/68/JAI, aunque las penas exigidas por ella (máxima-mínima de cinco a diez años) se alcanzaban ya con la regulación anterior.

(27) TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 170, considera esta formulación «oscura y arriesgada» por razones de determinación; sin embargo, parece difícil afinar más en la descripción general de la conducta. Por otra parte (*ibidem*), considera que la referencia a los «actos» excluye la hipótesis de que la inducción al menor para que realice actos sobre su propio cuerpo o con un tercero; sin embargo, no parece que la descripción no pueda abarcar esa conducta.

(28) *Comentarios*, pág. 229.

(29) CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 230, ve aquí «la verdadera novedad» de la reforma.

(30) *Vid.*, por ejemplo, la estremecedora SAP Madrid (secc. 23<sup>a</sup>) 99/2008 (9.7.2008), referida a un caso que tuvo particular impacto en los medios de comunicación. Como indica QUERALT JIMÉNEZ, *PE6*, pág. 238, para interpretar las demás hipótesis de indefensión absoluta, deberá tomarse como punto de referencia la situación de un niño menor de cuatro años.

(31) *Vid.*, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, *RECPC 7* (2005), págs. 3 y s.; CUGAT MAURI, en: CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *ComCP PE I*, pág. 312, consideró por ello «viciada de origen» la diferenciación entre agresiones y abusos; DURÁN SECO, *LLP 79* (2009), pág. 25, ve que la reordenación supone, en cierto sentido, ir volviendo al sistema anterior a 1995, en el que el eje de la regulación no era la distinción entre abusos y agresiones.

(32) *Vid.* también la Convención del Consejo de Europa (25.10.2007), art. 23.

**F**alta todo tratamiento específico — menos la circunstancia agravante del art. 181.5/180.1 3ª, con sus problemas de *bis in idem*— de los abusos sexuales cometidos contra menores de catorce a diecisiete años

e) Finalmente, acompaña a este nuevo tratamiento de los delitos de abusos y agresiones sexuales frente a menores de trece años una nueva infracción, también limitada a los menores de trece años, de *acoso por medios de comunicación* (art. 183 bis). Este precepto —introducido en la tramitación parlamentaria— supone uno de los supuestos de reacción espasmódica del legislador a la actualidad informativa, y recoge un momento especialmente álgido de preocupación por una práctica surgida con internet: adultos que, aprovechando la altísima prevalencia de redes sociales entre menores, se hacen pasar por lo que no son para entablar algún contacto con fines sexuales, el llamado *online child grooming* (32). Frente a este fenómeno, la nueva regulación incorpora un delito de preparación (33) de otras infracciones sexuales, una infracción, por tanto, que sólo recoge de modo muy parcial —y sólo para menores de trece años— la realidad de las prácticas mencionadas.

Como tal delito de preparación —por lo que no parece del todo convincente la denominación *ciberacoso*—, la infracción presenta un elemento de tendencia «a fin de cometer» los delitos en cuestión, y, además, queda limitada a los supuestos en los que se «proponga concertar un encuentro», «siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales [¿?] encaminados al acercamiento». Es decir, que el comportamiento de amenazar a un menor con difundir alguna imagen suya por internet, a menos que realice tal o cual conducta sexual sobre sí o un tercero, pero sin encuentro previsto, no queda abarcado. O el comportamiento de concertar la cita, pudiéndose probar la intención del sujeto, pero frente a un niño de catorce años. Sólo cabe concluir que la redacción ha sido apresurada.

f) De nuevo, en este ámbito de regulación, lo que quizás resulta más llamativo —aparte del incremento de algunas penas— es lo que falta. En primer lugar,

falta todo tratamiento específico —menos la circunstancia agravante del art. 181.5/180.1 3ª, con sus problemas de *bis in idem*— de los abusos sexuales cometidos contra menores de catorce a diecisiete años; una omisión sorprendente (34). En segundo lugar, la adición de estas infracciones específicas no ha servido para eliminar —como hubiera resultado coherente— ni el anacrónico abuso fraudulento ahora recogido en el art. 182 ni la misteriosa (¿qué espacio queda para ella?) y moralizante figura de la «corrupción de menores» del art. 189.4 (35). En tercer lugar, no hay simetría —como antes se ha indicado— de las circunstancias del art. 183.4 e) y f) y las paralelas contempladas en el art. 188.4 b) y c) para el ámbito de la prostitución forzada (mientras que en el caso del art. 183, se habla sólo de una puesta en peligro dolosa de la vida, en el art. 188 se incluye —de acuerdo con la redacción de la DM— también la imprudente, y se extiende a la salud; mientras que en el art. 183 se habla de actuar «en el seno» de un grupo u organización criminales, en el art. 188 se habla de que se trate de un autor que «perezca» a ellos), sin que se aprecie una razón que lo justifique. En cuarto lugar, se mantiene la falta de una disposición específica para la punición por imprudencia (como la que contenía el P 1992 en su art. 181 *in fine*), que determina, de acuerdo con el sistema de incriminación de la imprudencia (cfr. arts. 12 y 14.1), la impunidad de los supuestos de error sobre la edad. La falta de tal disposición no parece acertada, pues cabe prever que la disyuntiva entre impunidad y punición por la infracción dolosa conlleve distorsiones respecto de la apreciación procesal de los errores en cuestión, y lleve a una aplicación laxa del dolo eventual. Finalmente, se ha podido observar en lo antes expuesto que la regulación del acoso introducido ahora en el art. 183 bis hubiera merecido una mayor reflexión del legislador.

(33) MUÑOZ CONDE, PE18, pág. 238; QUERALT JIMÉNEZ, PE6, pág. 240; TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 172.

(34) TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 169.

(35) Así lo señala TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 170; *vid.* también CANCIO MELIÁ, *Memento*, n.m. 9520.

(36) *Vid.* también la Convención del Consejo de Europa (25.10.2007), art. 19.

### 5. Delitos relacionados con la prostitución y pornografía de menores

Finalmente, las modificaciones introducidas en el Cap. V van, en lo fundamental, en dos direcciones: por un lado se enmienda el alcance de algunos de los tipos —pretendiendo ampliarlo—, y por otro, se elevan las penas; en ambos casos, los cambios se reconducen a lo dispuesto en la DM 2004/68/JAI. Además se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas, aumentando así las posibilidades de reacción frente a las organizaciones empresariales que actúan en la prostitución más allá de la clausura de locales ya prevista en la regulación anterior en el art. 194.

a) En cuanto a las modificaciones en el ámbito de las *penas*, se incrementa la pena máxima del tipo básico del favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces, que pasa de cuatro a cinco años (art. 187.1); se introduce un tipo cualificado para los supuestos en los que la conducta se refiera a menores de trece años (art. 187.2), que eleva la pena de modo muy notable: de uno a cuatro años de prisión más multa, se ha pasado a cuatro a seis años de prisión. Respecto de la prostitución forzada del art. 188, la pena correspondiente al tipo cualificado referido a menores o incapaces, sin embargo —no cabe otra explicación que un simple descuido— se mantiene idéntica en cuanto a la pena privativa de libertad, pero desaparece la pena de multa (art. 188.2), y se incrementa en el tipo doblemente agravado correspondiente a menores de trece años, pasando de cuatro a seis años de prisión y multa a cinco a diez años de prisión (art. 188.3). En este delito también se introduce un nuevo escalón de agravación con tres nuevas circunstancias agravantes próximas —pero, como se ha señalado, no idénticas— a las existentes en el nuevo art. 183 (art. 188.4). Finalmente, la pena correspondiente a las conductas relacionadas con la prostitución de menores pasa, en el tipo básico del art. 189.1, de un máximo de cuatro a uno de cinco años de prisión, y en los supuestos cualificados del art. 189.3, de ocho a nueve años de prisión.

b) En cuanto a las modificaciones en el *alcance de los tipos*, se trata de las siguientes: en primer lugar, se establece expresamente la punibilidad *ex art.* 187.1 del *cliente* de un menor o incapaz prostituido. Se incorpora, además —como ya se hacía en el ámbito de la prostitución forzada (art. 188.4, ahora, 188.5), pero, incomprensiblemente, no en el caso del favorecimiento de prostitución de menor o incapaz— en el art. 187.5 una regla concursal que indica que la pena por el delito relativo a la prostitución no impide la apreciación de los concretos delitos contra la libertad/indemnidad sexual cometidos. En segundo lugar, se complementa la redacción típica del art. 189.1 con tres nuevos verbos: captar los menores o incapaces para la pornografía infantil, lucrarse de ella u ofrecerla.

La decisión más importante en este ámbito es la de incriminar expresamente el comportamiento de quien paga (o se muestra dispuesto a hacerlo) por un contacto sexual de un menor/incapaz prostituido: «La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz» (art. 187.1 *in fine*) (36).

Lo primero que aquí destaca de modo negativo es que —con independencia de la decisión en sí de la incriminación específica del *cliente*— se incluyen en el mismo tipo, con el mismo marco penal, conductas que de modo evidente muestran una gravedad distinta. ¿Qué sentido tiene amenazar con la misma pena a quien regenta un prostíbulo al que él mismo ha allegado menores/incapaces y a quien compra ocasionalmente sus servicios?

En cuanto a la decisión de introducir la incriminación expresa, en segundo lugar, ha de recordarse que aquí estamos en una infracción que se refiere por definición al *estado* de prostitución, es decir, incrimina la conducta que consiste en *inducir, promover, favorecer o facilitar* tal estado: como dice el art. 188.1, «en ella», en la prostitución como situación. Queda delimitada negativamente por las conductas, directamente atentatorias contra la libertad del sujeto pasivo, descritas en el art. 188.1

**E**l cliente que mantuviera un contacto sexual aislado con una persona menor de edad o incapaz ya prostituida llevaba posiblemente a cabo, según los casos, un delito del art. 181.3 o 4, o 183.1 o 3

(violencia, engaño, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad) en relación con el art. 188.2 y 3 (menores o incapaces). En todo caso, el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante: «El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coaccione ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalega de su superioridad» (37). Parecía, entonces, con la regulación anterior, que había que exigir que la conducta tuviera alguna relevancia para que se produjera el estado de prostitución. A pesar de que se trata de una enumeración ciertamente amplia, parecía preferible, entonces, una interpretación más bien restrictiva, pues aun los verbos de menor intensidad (favorecer o facilitar) exigen que no se trate de una actividad meramente subordinada en el entramado de la prostitución, meramente concausal, como parte, por acumulación, del estado de prostitución (38). Lo que aquí interesaba es que el sujeto llevara a cabo una conducta que supusiera una especie de destrucción sistemática de la sexualidad inmadura del menor o incapaz: no de favorecer un concreto acto de prostitución, sino la prostitución como estado. En consecuencia, debía estimarse que el cliente (39), por el mero hecho de serlo, no realizaba el presente tipo: por supuesto que sin demanda no habría prostitución, pero pensar que por ello la conducta del cliente siempre estará realizando la conducta típica parecía inadecuado con la redacción original. La interpretación contraria, favorable a incluir ya en la redacción anterior la conducta del mero cliente no tenía en cuenta, en síntesis, que es la con-

tribución al estado de prostitución lo que la infracción persigue (40).

Así las cosas, el cliente que mantuviera un contacto sexual aislado con una persona menor de edad o incapaz ya prostituida llevaba posiblemente (y con mayor probabilidad en cuanto menor sea o mayor grado de incapacidad muestre el sujeto pasivo) a cabo, según los casos, un delito del art. 181.3 o 4, o 183.1 o 3 —¡con penas significativamente mayores!—, pero no la presente infracción de favorecimiento de la prostitución (41): pues parece claro que quien *adquiere* la relación sexual con el menor, sobre todo, cuando la minoría de edad es evidente, no puede distanciarse del hecho de que ese concreto acto es abusivo. Abusa concretamente de una persona mediante el acto sexual, bien por la mera edad, bien porque se prevale de una situación de superioridad insita en quien está prostituido siendo menor; pero no estará generando el estado de prostitución. Pues bien, a pesar de que la intención del legislador es, obviamente, la de criminalizar la conducta del cliente, y a pesar de la previsión concursal del art. 187.5, el resultado concreto de la reforma es que cabe temer que se cierre el camino que, desde el punto de vista aquí adoptado, es necesario recorrer: castigar cada uno de los contactos con un menor prostituido como lo que es, un abuso sexual en sí mismo (42).

c) En lo que se refiere a los comportamientos añadidos en materia de pornografía/espectáculo/exhibición, derivados de la DM 2004/68/JAI, también resulta discutible su bondad: en lo que

- (38) Cfr., en este sentido, por ejemplo, ya la interpretación de ORTOS BERENGUER *ComCP 1995*, pág. 968, en el sentido de «apoyo directo y relevante».
- (39) Cuando era *ocasional*, es decir, que no se constituyera en factor principal del estado de prostitución; *vid.* APNJ TS de 12.2.1999, que quería diferenciar en función de la edad del menor para decidir en el caso concreto si el ofrecimiento del precio era «suficientemente influyente»; *vid.* también STS 422/2005 (4.4.2205) y la síntesis de la cuestión hecha por MARTÍN LORENZO, *Memento Reforma*, n.m. 1317; cfr. un caso de estas características —sujeto que genera él mismo y es cliente de la prostitución de unos niños— en STS 761/2008 (13.11.2008).
- (40) Era mayoritaria la opinión contraria, conforme a la cual cualquier acto individual ingresa en el ámbito típico; *vid.* sólo MUÑOZ CONDE, *PE16*, 245; en cambio, en una línea restrictiva también, por todos, GARCÍA PÉREZ en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *ComCP PE II*, arts. 187-188, n.m. 46 y ss., 51 y ss.
- (41) *Vid.* STS 809/2006 (18.7.2006); manifiesta otra posición, favorable a considerar la concurrencia de la infracción comentada en el cliente, si bien en *obiter dicta*, la STS 772/2008 (25.11.2008).
- (42) CANCIO MELIÁ, *Memento*, n.m. 9528. En cambio, CUGAT MAURI (*Comentarios*, pág. 238) piensa que el elegido por el legislador era el «único modo» para poder captar la conducta del cliente; por su parte, MARTÍN LORENZO (*Memento Reforma*, n.m. 1323) afirma que podrá recurrirse al concur-

se refiere al verbo «captar», parece claro que ya estaba incluido en el alcance típico, pues parece claro que «facilita» la producción del material o del espectáculo quien «capta» (43), aparte de los problemas de delimitación que se producen respecto del nuevo art. 177 bis 1. b) (44) y del nuevo delito de preparación del art. 183 bis (45). Tampoco convence la inclusión de la hipótesis del lucro, pues no es posible que haya supuestos en los que se produzca ese lucro sin que el autor haya utilizado al menor o haya financiado la actividad (46). Finalmente, la inclusión del verbo «ofrecer» también podía considerarse superflua, al estar la conducta ya aprehendida en la hipótesis típica de «facilitar la difusión».

### III. ALGUNA CONCLUSIÓN

Después de lo expuesto, parece claro que la reforma no puede considerarse lograda.

En primer lugar, aunque hay algunas modificaciones que dan lugar a sanciones que pueden ser consideradas adecuadas, en muchos otros ámbitos los cambios suponen un nuevo exceso punitivo. Así se expresa de nuevo la errada convicción político-criminal, repetida como un mantra por algunos agentes públicos —también por el legislador, como muestra la exposición de motivos de la LO 5/2010— de que cuanto más severas sean las penas, mayor será la protección de las víctimas (potenciales: es decir, la ciudadanía en general), más efectivo el ordenamiento penal en términos preventivo-fácticos. Partiendo de esta verdad revelada, se ha preferido, una vez más, predicar con «tosco punitivismo» (47) que dar el trigo de otras medidas asistenciales y de

prevención de titularidad pública. Por otra parte, como ya es tradición —es una característica de las últimas reformas penales españolas—, los cambios realizados, especialmente los más discutibles por la irreflexiva escalada punitiva en la que se integran, se pretenden santificar por el legislador invocando de modo inexacto una norma de armonización de la Unión Europea. Si bien es cierto que alguna de las modificaciones eran necesarias en atención a esa armonización europea, en el conjunto de la reforma cabe afirmar que el legislador español una vez más ha superado con creces las líneas de armonización en cuanto a la gravedad de las penas y en cuanto a la extensión de la tipificación, al plantearse respecto de una regulación ya muchas veces enmendada, y, casi siempre, endurecida y ampliada. No parece exagerado constatar que los autores de delitos sexuales, y, muy particularmente, de los cometidos contra menores, entran en el círculo de los *enemigos* a combatir mediante un Derecho penal exacerbado (48).

En segundo lugar, más allá del alcance material de los cambios llevados a cabo, debe constatar —una vez más— un grave déficit en la elaboración técnica de la reforma (tanto en la redacción de los distintos tipos como en la coordinación de los distintos elementos); una deficiente calidad del articulado que generará en ocasiones considerables dificultades prácticas. Se convierte así una regulación tan reciente en términos históricos ya en vieja, gastada por la sucesión de remiendos poco reflexivos.

En última instancia, cabe pensar que la legislación española en materia de delitos sexuales sigue en esta reforma inmersa en aquella espiral de aceleradas modificaciones, de nuevas tipificaciones

so; sin embargo, parece poco probable que esto realmente se practique, una vez impuesta la pena por la incriminación expresa.

- (43) MARTÍN LORENZO, *Memento Reforma*, n.m. 1372, considera, en cambio, que la conducta era imputable antes de la reforma.
- (44) CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 241.
- (45) MUÑOZ CONDE, *PE18*, págs. 240, 256.
- (46) CUGAT MAURI, *Comentarios*, pág. 242.
- (47) TAMARIT SUMALLA, *La reforma*, pág. 170.
- (48) ASÍ DURÁN SECO, LLP 79 (2009), pág. 20, refiriéndose al Anteproyecto de 2008.

en la periferia, los márgenes y el subsuelo del bien jurídico libertad sexual en la que entró hace ya hace tiempo. Este modo de legislar ha acabado dejando sumida la regulación en un desorden de cualificaciones y hipercualificaciones, actos preparatorios y tipos vaporosos. Una espiral de la que sólo una exhaustiva reordenación y reformulación integral parece poder salvar a las infracciones sexuales.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

— CANCIO MELIÁ, Manuel

«Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», LL nº 4181 (5.12.1996).

«Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2011*, 2010.

— CARMONA SALGADO, Concha

«Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: COBO DEL ROSAL, M. (dir.) et al., *Comentarios al Código penal*, tomo 6.

— COBO DEL ROSAL, Manuel

en: IDEM (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (COORD.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II.

— CUERDA ARNAU, María Luisa

«Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores», en: ÁLVAREZ ÁLVAREZ (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ-CDJ, 1997, págs. 199 y ss.

— CUGAT MAURI, Miriam

en: CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dir.) et al., *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, 2004.

«Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: GARCÍA ÁLVAREZ/GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, págs. 225 y ss.

— DÍAZ Y GARCÍA-CONILLO, Miguel

«Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?», en: MIR PUIG,

S./CORCOY BIDASOLO, M. (dir.)/GÓMEZ MARTÍN, V. (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, págs. 335 y ss.

— DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis

*La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, 1985.

«El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», RDPCr 6 (2000), págs. 69 y ss. en: IDEM y ROMEO CASABONA, C. M. (coord.) et al., *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, 2004.

— DURÁN SECO, Isabel

«La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008», LLP 79 (2009), págs. 19 y ss.

— GARCÍA PÉREZ, Octavio

en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M. (coord.) et al., *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, 2004.

— GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

«Prólogo», en: *Código penal* (ed. Tecnos), 1996.

— GÓMEZ TOMILLO, Manuel

«Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político-criminal», RECP 7 (2005).

— GONZÁLEZ RUS, Juan José

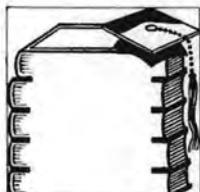
*La violación en el Código penal español*, 1982.

— MARTÍN LORENZO, María

«Libertad e indemnidad sexuales», en: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (COORD.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, 2010.

— MESTRE DELGADO, Esteban

«Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal», LLP 61 (2009), págs. 16 y ss.





— MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

*Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edición, 2010.

— ORTS BERENGUER, ENRIQUE

VIVES ANTÓN, T. *et al.*, *Derecho penal. Parte Especial*, 2004.

— ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001.

— OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO

«Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», AP 1996, págs. 597 y ss.

— QUERALT JIMÉNEZ, JOAN

*Derecho penal español. Parte Especial*, 6ª edición, 2010.

— SÁNCHEZ DAFUACE, MARIO

«Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180», en: GARCÍA ÁLVAREZ/GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, págs. 219 y ss.

— TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA

*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, 2000; 2ª edición, 2002.

«Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)», en: QUINTERO OLIVERES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, págs. 165 y ss.

«Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)», en: *op. cit.*, págs. 177 y ss.