

49

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉVILÈGES ET PRIVILEGES

Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

Penal

Enero 2022



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 49

Sumario

Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por *Ivó Coca Vila* 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amezcua*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M^a Ángeles Rueda Martín* 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Enrique Orts Berenguer / Margarita Roig Torres

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

Ficha Técnica

Autores: Enrique Orts Berenguer / Margarita Roig Torres

Adscripción institucional: Universidad de Valencia

Title: The minor as a taxpayer in crimes against sexual freedom and indemnity

Resumen: La persona menor de edad aparece en el título VIII, en tanto que sujeto pasivo de varias figuras, cuyas conductas se analizan: determinarles a participar en actos de naturaleza sexual; ciberacoso; el fomento de su prostitución; su utilización con fines exhibicionistas; la difusión de pornografía infantil, su posesión y acceso, la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores.

Palabras clave: Ciber-acoso. Prostitución. Pornografía infantil. Exhibicionismo.

Abstract: The minor appears in Title VIII, as a taxable person of several figures, whose behaviors are analyzed: determine them to participate in acts of a sexual nature; cyberbullying; the promotion of their prostitution; its use for exhibitionist purposes; the dissemination of child pornography, its possession and access, attendance at exhibitionist or pornographic shows in which minors participate.

Keywords: cyberbullying, prostitution, child pornography, exhibitionist.

Rec.: 9-09-2021 **Fav.:** 22-09-2021

A raíz de la invitación de Dora Cano y Teresa Peramato, a participar en el curso: “Presente y futuro en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Curso U.P.F.” y de sus sugerencias se nos ocurrió y desarrollamos el tema que da título a este breve trabajo.

En el título VIII son muchos los artículos en los que se menciona a la persona menor de edad, unas veces en tanto que sujeto pasivo de varias figuras específicas y otras, en tanto que posible sujeto pasivo de calificaciones o agravaciones de figuras genéricas. Así, como ejemplo de estas segundas, en los capítulos dedicados a las agresiones y a los abusos sexuales, se prevén agravaciones cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad (arts. 180.3^a, 181.5, 184.3). En cuanto a las figuras específicas, nos limitaremos a indicarlas:

- 1) El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a, o la 4.^a, de las previstas en el art. 180.1 de este Código (art. 182).
- 2) El capítulo II bis está destinado a las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años, que comprenden una amplia gama de conductas.

- 3) El capítulo III, dedicado al acoso sexual, prevé agravaciones cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 184.3).
- 4) El capítulo IV castiga las exhibiciones obscenas ante menores y la difusión de material pornográfico ante los mismos.
- 5) El capítulo V, entre otras conductas, sanciona la prostitución y la corrupción de menores, así como su utilización en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y la elaboración, venta... de pornografía infantil.

Con este escueto resumen sólo pretendemos poner de relieve la variedad de tipos de acción que abarca el referido título, y la necesidad de centrar estas divagaciones en algunos aspectos que nos parezcan especialmente relevantes y/o problemáticos. Como puede ser el de las sucesivas modificaciones que ha sufrido, no exentas de preocupaciones moralizantes, como atestiguan, entre otras, las delimitaciones de pornografía infantil (art. 189 CP). E, igualmente, la innecesaria, por reiterativa, introducción de delitos para tipificar hechos que ya lo estaban, como ocurre en el art. 182.1 (abuso de una posición de reconocida autoridad o influencia o confianza), que recoge conductas ya punibles con arreglo al art. 181.3, en la versión más sólida (la que entraña una relación de superioridad que se explota), y en las que subyace una recriminación ético-social; la acción de compeler a un menor a participar en actos de naturaleza sexual (art. 183.2), ya contemplado en las agresiones sexuales del propio precepto; o el castigo de actos preparatorios en el art. 183 ter con indudables problemas aplicativos; y en general la obsesiva tutela de los menores a veces más allá de lo necesario.

En punto a los abusos sexuales se entiende perfectamente que se establezca un límite de edad, porque la seguridad jurídica lo exige. Sin embargo, el mayor de nosotros ha recordado que en sus años mozos los chicos de 15 años se fijaban más en las chicas mayores que en las de su edad, y seguramente les hubiera gustado mantener una relación con alguna de ellas. Si una chica mayor de edad, ante las miradas de un menor, le invitara y acabaran teniendo un contacto sexual y se mostrara sin ropa, para la felicidad del menor, ¿esa chica estaría cometiendo un delito? ¿Cuál o cuáles serían los bienes jurídicos lesionados? ¿Se estaría castigando un comportamiento porque es considerado inmoral? ¿Inmoral, desde qué perspectiva? Y si se piensa que la ética no es expresable, que es trascendental, que es algo sobrenatural, que es una tendencia del espíritu humano (Wittgenstein, en su *Tractatus* y su Conferencia sobre ética) ¿cómo la podemos aplicar? ¿Cuántas concepciones éticas hay?

Es verdad que aplicar las reglas morales de una religión es relativamente sencillo, toda vez que se infringen cuando se peca y se peca cuando se transgrede un

mandamiento, como se delinque cuando se incurre en delito, sólo que el pecado puede consistir en un pensamiento, una acción o una omisión; mientras que, con arreglo al Derecho penal, sólo se puede delinquir por acción o por omisión (arts. 25.1 CE, y 1 y 10 CP. Al respecto puede verse el trabajo “Reflexiones sobre Religión católica y Derecho penal” de Orts Berenguer, E., en Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos en homenaje al Prof. Morillas Cueva).

Trataremos seguidamente algunos problemas y aspectos de diferentes delitos.

a) Importa hacer una reflexión sobre el **consentimiento del menor**, respecto del cual el art. 183 quáter dispone que: el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

El primer requisito, que el consentimiento sea libre, es imprescindible para que pueda hablarse de consentimiento válido en cualquier ámbito jurídico y presupone conocimiento del significado de la acción consentida y voluntad de quererla llevar a cabo. Los otros dos generan alguna inseguridad. Para empezar el legislador exige la concurrencia de ambos: proximidad en la edad y en el grado de desarrollo y madurez. La proximidad en la edad es relativamente fácil de establecer, la otra no tanto, y puede requerir una peritación a cargo de forenses o psicólogos.

Es una cláusula necesaria pero que abre algunos interrogantes. Es necesaria para dejar bien sentado que los menores de dieciséis años pueden mantener relaciones sexuales interpersonales y consentir válidamente sin que su partenaire delinca. Hubiera sido preferible que en lugar de la fórmula «excluye la responsabilidad por los delitos previstos en el capítulo II bis» se hubiese empleado otra que excluyera la tipicidad, pues realmente cuando dos menores practican algún ejercicio de sexualidad no llevan a cabo una conducta delictiva que haya de ser justificada o excusada. Claro que tampoco queda muy bien lo del «autor», ¿el autor de qué? Calificar de autor a quien ha mantenido una relación sexual es... El legislador debería recordar que en estos episodios hay siempre *coautoría*...

La esfera de influencia del art. 183 quáter es demasiado reducida, no tanto porque no alcanza a todos los delitos enmarcados en el capítulo II bis, y lógico es que no lo haga cuando hay violencia o intimidación, etc., sino porque hay conductas fuera del referido capítulo de menor «carga lesiva», como las de los arts. 185 y 186, y que inducen a preguntarse: si un menor consiente realizar el coito con otro, este otro no incurre en responsabilidad, pero y si este otro le muestra, con su beneplácito material pornográfico al primero ¿comete

del delito del art. 186?; y si ejecuta actos de exhibición obscena ¿el del art. 185?

Por otra parte, puede ocurrir que la persona de menos edad sea la más madura, sobre todo si es una chica. ¿Qué sucede si uno de los intervinientes tiene más de dieciséis o de dieciocho años? La ratio del precepto radica en no excluir la responsabilidad penal allí donde haya desigualdad entre las personas que se relacionan sexualmente. ¿Hay necesariamente desequilibrio entre un chico de dieciocho y una chica cercana a los dieciséis? Pueden haber sido novios, ella con quince años y tan o más madura que él con diecisiete. Si él cumple los dieciocho, ¿deben dejar su relación? Del art. 183 quáter no se desprende que el consentimiento de la chica sea eficaz en casos como el ejemplificado, pues, a la postre es una persona menor de dieciséis años y él una persona mayor de edad (art. 183).

b) El **art. 183 bis** castiga tres conductas: 1) determinar, con fines sexuales, a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual; 2) hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos; y 3) si tales actos consistieran en abusos sexuales con pena más grave.

La primera conducta presenta como principal problema el de establecer el sentido del verbo «determinar». Si determinar a un menor se interpreta como hacerle tomar la decisión de participar en un comportamiento de naturaleza sexual, se le está dando al referido verbo idéntica significación que a inducir en el marco de la participación. Y habrá de entenderse que se trata de hacerle tomar una decisión sin usar violencia ni intimidación o engaño, etc., pues cuando el legislador ha querido especificar tales extremos así lo ha hecho. Por otra parte, ha de convencerse con fines sexuales cualesquiera, sin mayor especificación, por lo que, parece, se comprenden tanto las acciones realizadas para complacer a quien le determina o a un tercero como las efectuadas por el menor (vid. la STS de 26-7-2018).

La pregunta que suscita es: ¿había un «vacío» legal que era indispensable cubrir con esta tipificación? Realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años se castiga en el art. 183.1 en todo caso, delito por el que se puede responder a título de autor o de partícipe (vid. el ATS de 18 de octubre de 2018, sobre la diferencia con el art. 183 bis); inducir, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad se castiga en el art. 188.1... Y la conducta de hacer presenciar a un menor actos de carácter sexual entronca con las previsiones del art. 185. Esta agravación, contemplada para cuando se haga presenciar al menor unos abusos sexuales, puede responder a la preocupación por reprimir con mayor severidad prácticas que pudieran influir negativamente en el desarrollo de la personalidad y en el aprendizaje del menor, y el temor a que pudiera repetirlas; mas, en-

tonces ¿por qué no castigar también con superior dureza a quien hace presenciar una violación?

Por otra parte, la expresión «hacer presenciar» es ambivalente, pues tanto significa acompañar al menor y proporcionarle la visión del abuso como imponérsela, en forma que recuerda al compeler del delito de coacciones.

c) El **art. 183.2** también castiga el compeler a un menor a participar en actos de naturaleza sexual, y parece asimismo otro precepto innecesario, porque compeler a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo mediante violencia o intimidación, es una conducta que ya está contemplada en el delito de agresiones del mismo art. 183.2. Y, como es obvio, el tercero responderá igualmente como autor de una agresión sexual sobre un menor, aunque personalmente no haya aplicado violencia alguna.

El mayor problema interpretativo radica en discernir cuándo debe aplicarse el inciso segundo y cuándo el primero.

d) El **ciber acoso o grooming** se regula en el art. 183 ter, y consta de los siguientes elementos: 1) contactar con un menor de dieciséis años; 2) a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación; y 3) proponerle concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189; y 4) acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento.

Se trata, evidentemente, de la tipificación de actos preparatorios que, de otro modo, no serían punibles, pues mal podrían inscribirse en la tentativa de alguno de los delitos de los artículos indicados (vid. la STS de 24-2-2015). La simple acción de contactar con un menor a través de alguno de los medios citados, por más que esté impregnada de deseos sexuales, mal puede denominarse tentativa de violación o de abuso, etc. (salvo a los ojos de quienes, bajo una u otra argumentación, están empeñados en castigar las intenciones), porque la realización de los distintos tipos de acción no ha comenzado ni el ataque al bien jurídico, tampoco. Claro que, como el legislador añade un requisito más —acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento—, puede verse en él un plus de riesgo para el bien jurídico y una mayor proximidad al comienzo del tipo. Con todo, tales actos, que no se sabe con certeza cuáles pueden integrarlos, tampoco acaban de traspasar el quicio de la tentativa. Y si después de establecido el contacto hay un encuentro sin más ¿qué delito podrá imputarse al referido adulto? Sólo el del art. 183 ter y si llega a materializarse un acto de carácter sexual surgirá un curso medial entre aquel delito y el subsiguiente perpetrado contra la libertad o indemnidad sexuales (el propio art. 183 ter se encarga

de recordarnos que la pena en él prevista se impondrá sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos que se hayan podido cometer —El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8-10-2017 señaló: “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”—).

En el tipo de acción del art. 183 ter se ha incluido un elemento subjetivo: el contacto y la propuesta de concertar un encuentro han de estar inspirados por el designio de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189 (vid. la STS de 24-2-2015).

Hay una agravación —las penas se impondrán en su mitad superior— si el acercamiento se obtiene mediante coacción, intimidación o engaño.

e) El siguiente delito consiste en: 1) contactar con un menor de dieciséis años; 2) a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación; y 3) realizar actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor (art. 183 ter 2).

Son varios los problemas que plantea la interpretación de este tipo de acción y de las consideraciones críticas que suscita este delito del apartado segundo del que sólo se seleccionan algunas. En primer lugar, no queda muy claro cuál es el bien jurídico protegido, al menos no siempre, porque si el menor embaucado proporciona material pornográfico o muestra imágenes pornográficas en las que aparezca un menor que no sea el mismo ¿qué se protege? ¿Y si en ellas se representa a un menor virtual? ¿Comete el menor embaucado que facilita el material pornográfico un delito del art. 189? Posiblemente la idea del legislador era proteger a los menores frente a conductas que pueden afectar a su proceso de formación y a su tranquilidad, que puede resultar perturbada por chantajes, etc., por parte de quienes obtienen sus imágenes, pero lo cierto es que hay supuestos a priori subsumibles en el tipo comentado carentes por completo de lesividad.

Por otra parte, no está claro si nos encontramos ante unos actos preparatorios punibles o ante una tentativa ¿de qué delito? Quizás del más arriba citado, el del art. 189, que en muchas ocasiones está falto de bien jurídico (Vid., por ejemplo, la Lección XIII, del Derecho Penal. Parte Especial, 6ª ed., coord. por González Cussac, J.L.). Una tentativa, en su caso que requiere que haya contacto; esto es: que el autor, por alguno de los medios enumerados, contacte con el menor. ¿Y si no contacta será una tentativa del delito del art. 183 ter? ¿Y si contacta y el menor no le facilita el material o las imágenes solicitadas o sí? Si no las proporciona parece aplicable el art. 183 ter para el que realiza el contacto, pero si la proporciona ¿tendrá preferencia el 189, para los dos?

Merece la pena esbozar un par de reflexiones finales sobre estos delitos. La primera tiene que ver con una sorprendente evidencia: el legislador español castiga con carácter general unas conductas —las de exhibicionismo y provocación sexual—, mientras solamente reprime otras cuando concurren determinadas circunstancias —como sucede en los abusos sexuales—. Con lo cual, resulta que al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis se le está reconociendo capacidad para consentir una relación sexual con otra persona y no para ver cómo esa persona se desnuda, si es mayor de edad, o para ver con ésta una película de las llamadas «X» (es que, además, creemos que alguien lo ha dicho y si no lo decimos nosotros, podría suceder que el adulto que mantiene relaciones con un menor de edad cometiera un delito de exhibicionismo al desnudarse ante éste y no al realizar con él el acto sexual). La segunda reflexión puede enunciarse por medio de una pregunta: ¿hasta qué punto el bienestar psíquico y el proceso de formación de un menor, pueden verse perturbados por la contemplación de la masturbación o del coito entre adultos, cuando él mismo se masturba o tiene relaciones sexuales con regularidad? (No se olvide que menor es toda persona que no ha cumplido los dieciocho años).

Y aún cabe este otro interrogante: ¿es razonable castigar en todo caso la difusión de material pornográfico entre personas con discapacidad, cuando sus posibilidades de interrelacionarse sexualmente son más bien escasas? ¿No podría servirles de paliativo y desahogo disponer de este material?

Ambas reflexiones conducen a reafirmar la idea ya expuesta: hace falta algo más que facilitar material pornográfico a un menor o una persona con discapacidad, es imprescindible hacerlo con ánimo de involucrarles en una determinada situación que les pueda perjudicar.

Favorecimiento de la prostitución de personas menores y con discapacidad

Se castigan en el art. 188 las conductas de:

a) inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad (se distingue si no ha cumplido dieciséis años) o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección (vid. art. 25), así como lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines;

b) si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación se agrava la pena y si la víctima es menor de dieciséis años, más.

Para estas conductas hay varias agravaciones coincidentes con las de los arts. 180.1. 3ª y 4ª, 183.5, 183.4.e), 180.1.2ª, 183.4.f), por ese orden. Lo que evita repeticiones innecesarias.

No obstante, la redacción de las letras a) y b) del apartado 3 que regula estas agravaciones fue modificada por la LO 8/2021, de 4 de junio. En la primera, referida a las víctimas especialmente vulnerables, simplemente se sustituye la posibilidad de que éstas lo fueran por cualquier situación, a que lo sean por cualquier otra circunstancia. En la segunda no solo se eleva la pena cuando hay prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, sino también de una situación de convivencia. Ahora bien, se suprime dentro de la relación de parentesco la mención al descendiente, de modo que el hecho de realizar esas acciones sobre un ascendiente ya no da lugar a esta cualificación, salvo que la víctima sea especialmente vulnerable, en cuyo caso sería de aplicación la letra anterior.

c) Solicitar, aceptar u obtener, 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; y si el menor no hubiera cumplido dieciséis años la pena es mayor.

No falta la cláusula concursal equivalente a las de los arts. 183.ter y 187.3, en el 188.5.

El *bien jurídico* protegido en el precepto del art. 188 se cifra en el interés de menores y personas con discapacidad en tener unos adecuados procesos de formación y de socialización; más un conglomerado de intereses, como el bienestar psíquico y la dignidad de los mismos (vid. la STS de 20-11-2021). En consecuencia, el sujeto pasivo ha de ser menor de dieciocho años o una persona con discapacidad. El sujeto activo es indiferenciado (vid. la STS de 11-12-2009).

Son varias las conductas típicas.

La *primera* estriba en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución (art. 187.1). Por tanto, en realizar actos que sirvan de soporte eficaz, de apoyo directo a la prostitución de menores o de personas con discapacidad.

Por consiguiente, no tienen cabida en el tipo aquellas conductas de colaboración indirecta, propias de quienes realizan tareas secundarias relacionadas con el meretricio (limpieza de habitaciones, por ejemplo); porque la persona que realiza tales tareas no induce, promueve, favorece, ni facilita la prostitución; aunque puede tenerla la de quien se enriquece con la facilitación de locales donde se desarrolle aquélla, la de intermediación entre clientes y menores, etc. (vid. sobre el particular la SAP de Sevilla de 19-3-1998 y las SSTS de 9-12-1999, en el llamado «caso Army», 2-7-2003 y 21-5-2010).

Aunque será lo más frecuente, —las SSTS 11-4-1991, 26-3-1997, 7-5-1998, 13-6-2001, entre otras muchas, insisten en la necesidad de un móvil de lucro en la prostitución— no es necesario que el inductor, favorecedor, ..., obtengan un beneficio económico y actúen movidos por éste, pues si bien sin contrapres-

tación económicamente evaluable y una persona que la perciba no hay prostitución, es imaginable que alguien favorezca la de otra por pura venganza u otro móvil similar, sin enriquecerse por ello. De exigirse a ultranza la búsqueda de un provecho económico resultaría muy dudoso que cometiera el delito quien entrega dinero al menor para tener con él trato carnal, pues no actúa con ánimo de lucro sino lujurioso.

Vid. las SSTS de 22-1-1997, 12-1-1998, 13-7-2000, 27-11-2005, 13-11-2008, 31-5-2016 y 15-9-2020.

La *segunda*, la de lucrarse o explotar de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad, supone la consecución de un provecho directo y significativo, no en términos cuantitativos sino relativos; y en sacar rendimiento de la prostitución de estas personas.

La *última* es la de solicitar, aceptar u obtener a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o con discapacidad, con independencia de si ya ejercían la prostitución con anterioridad.

La remuneración o la promesa ha de tener contenido económico inmediato o a plazo, directo o indirecto, incluso puede consistir en *res extra commercium*.

Si el menor no tiene dieciséis años se agrava la pena.

En cuanto al aspecto subjetivo, es de señalar que se admite la comisión del delito con dolo eventual (persona que facilita la prostitución de un menor sin preocuparse de averiguar su edad, pues prefiere correr el riesgo de prostituir a un menor de edad antes que privarse del lucro que ello le reportaría; así las SSTS de 3-11 y 9-12-1997, 30-1-2007 y 15-9-2020.). Y otro tanto cabe decir respecto de las restantes conductas típicas.

Sobre la alegación de un error sobre la edad de la persona, cuya prostitución se favorece (o con la que se mantiene una relación sexual), es preciso que se pruebe como cualquier otra causa de irresponsabilidad (también las SSTS de 1-10-1993, 14-5-1997 y 15-9-2020).

En las formas de aparición del delito surgen varias cuestiones. Hay un concurso de infracciones entre el ilícito analizado y el de abusos sexuales, si el que favorece la prostitución de un menor tiene, además, con éste relaciones carnales. Así lo dispone el número 5 el art. 187: las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores o personas con discapacidad.

Si el favorecimiento es para que se prostituyan varios menores o personas con discapacidad, habrá un concurso real. En este sentido se pronuncia la STS de 17-4-2000.

Por otro lado, resultan problemáticos, desde el punto de vista concursal, los supuestos de favorecimiento de la prostitución de menores de dieciséis años, por cuanto pueden subsumirse en el art. 188 y en el 181 o en el

182. Existen dos posturas al respecto: la que considera que se produce un concurso ideal de delitos y la que se inclina por el concurso de normas y lo resuelve con la regla 4ª del art. 8 CP (vid. las SSTS de 28-10-2011 y 17-7-2012, y el ATS 8-9-2016).

Hay concurso medial de delitos entre el de trata de seres humanos (art. 177 bis) y el o los de explotación de menores que les subsiguen (vid. las SSTS de 5-4-2016 y 9-4-2021).

En punto a las *circunstancias modificativas* cabe indicar la posibilidad de apreciar, en este y en otros delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, la paidofilia como atenuante o incluso como eximente de la responsabilidad, eficacia condicionada al influjo que puede tener sobre la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar según esa comprensión (art. 20.1º). El Tribunal Supremo la ha apreciado como atenuante analógica (vid. las SSTS de 16-7-1991, 28-1-1997 y 30-9-2010, por ejemplo), o como eximente incompleta en supuestos graves asociada a otros trastornos psíquicos relevantes, como alcoholismo, toxicomanía, neurosis (vid. las SSTS de 28-2-2003 y 18-6-2004, por ejemplo). Pero no cuando aquellas capacidades no se hallan mermadas (vid. la STS de 17-2-2003) (vid. sobre los requisitos para su aplicación las SSTS de 27-5-2014, 17-1-2019, 14-10-2019 y 22-12-2020).

La utilización de menores y personas con discapacidad con fines exhibicionistas o pornográficos tiene como bien jurídico la protección de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección (vid. art. 25) frente a esa utilización, toda vez que puede afectar negativamente a sus respectivos procesos de formación y socialización, a su bienestar psíquico, a su intimidad, a su dignidad, incluso a su libertad allí donde se les reconoce. El problema surge ante material pornográfico creado con personas imaginarias, si se acepta, con base en las definiciones del art. 189, que constituye pornografía infantil o elaborada con personas con discapacidad. A nuestro juicio, sin un menor real, sin una persona real con discapacidad utilizados directamente, sea cual sea el espectáculo o el material elaborado, ni hay sujeto pasivo ni hay bien alguno necesitado de protección penal, como exigen los principios de proporcionalidad y ofensividad (y ha reiterado el TC desde las SSTC 11/1981 y 62/1982); sólo hay un espectáculo, una grabación, una filmación, etc., que pueden ser tildados de pornográficos, de inmorales y de muestras de mal gusto, pero ayunos de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Solamente una incomprensible y temida confusión de los planos ético y jurídico explican las definiciones del art. 189, que constitucionalmente carecen de fundamentación, y político-criminalmente, de racionalidad, salvo que se fuerce una lectura restrictiva.

¿Acaso no es preferible y hasta conveniente que el pedófilo satisfaga sus pulsiones contemplando una producción pornográfica elaborada con menores virtuales o con dibujos que representan a menores, a que se afane en conseguir al precio que sea material protagonizado por niños reales?

Por ello, es necesario distinguir los supuestos en que las conductas típicas recaen sobre materiales o espectáculos en los que participan menores o discapacitados reales, como se exige en el apartado 1.a); y aquellos otros en los que las referidas conductas se proyectan sobre espectáculos o materiales en los que no participa persona real alguna (o participan personas mayores de edad simulando ser menores). En los primeros se aprecian unos valores en peligro —los apuntados más arriba—; pero, en los segundos, no.

Claro que no faltará quien vea en la producción, venta, etc. de pornografía infantil en la que no ha intervenido persona alguna, un peligro de futuro y un ataque a la dignidad e indemnidad de los menores en general (vid. Orts Berenguer, E.; Roig Torres, M.: “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en: Libro Homenaje al prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005).

Respecto de las conductas típicas en el ámbito de la utilización de menores o personas con discapacidad con fines exhibicionistas o pornográficos cabe señalar que en **la letra a) del art. 189.1** se comprenden estas conductas típicas: 1) captar y utilizar a menores o a personas con discapacidad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, públicos o privados; 2) utilizarlos para elaborar cualquier clase de material pornográfico, sea cual sea su soporte; y 3) financiar dichas actividades o lucrarse con ellas.

Las modalidades consistentes en captar o utilizar menores de edad o personas con discapacidad, de una parte, presupone el consentimiento de los mismos, irrelevante para exonerar de responsabilidad (vid. las SSTS de 3-4-2012 y 17-3-2021), pues si aquella utilización se llevara a cabo con violencia o con intimidación habría un concurso de infracciones y entraría en juego el número 3; y de otra, puede concretarse en intervenciones muy diversas de los sujetos pasivos, sea en espectáculos sea para la confección de material pornográfico. En todo caso, deberá tratarse de una intervención significativa en escenas inequívocamente exhibicionistas o pornográficas; siendo insuficiente, a nuestro juicio, en contra de lo mantenido por algunos autores, que en una filmación un menor se limite a contemplar actos procaces realizados por adultos, supuesto que encajaría mejor en los arts. 183 bis o 185 (vid. las SSTS de 12-11-2008, 30-1-2009, 19-12-2011 y 14-12-2017).

La expresa tipificación de la captación puede plantear problemas de delimitación con las previsiones del art. 177 bis.

La utilización de menores para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico es una subespecie de la anterior modalidad con la que coincide en lo sustancial (vid., por ejemplo, las SSTS de 10-4-1997, 16-2-1998 y 3-4-2012). Supone emplear menores o personas con discapacidad, con su consentimiento, con una participación relevante en el producto de que se trate, no reducida a simples apariciones fugaces y episódicas, sin exhibirse o involucrarse en la acción lúbrica (vid. la STS de 17-3-2021, que crítica la aplicación del tipo en un supuesto de filmación para el uso aislado y episódico por los protagonistas).

En estas primeras modalidades el sujeto activo es la persona que capta de forma eficaz a un menor o a una persona con discapacidad, y la que pudiendo toma la decisión de que intervengan en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico, y quizás quien dirige la función.

Las conductas de financiar espectáculos pornográficos y la elaboración de material pornográfico suponen la implicación en dichas actividades de forma significativa (no financia el que se limita a adquirir el material citado o a abonar la entrada al espectáculo). Como ha de serlo la de quien se lucra de las mismas: el «eléctrico», el acomodador, etc., que perciben un modesto salario por su trabajo no entrarían en esta modalidad (aunque podrían ser cómplices de alguna de las anteriores).

La **letra b) del art. 189.1**, regula la difusión de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan intervenido personas con discapacidad. Esta figura abarca toda conducta relacionada con la producción y difusión de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan intervenido personas con discapacidad, aunque sea de procedencia extranjera o desconocida, y de ella apuntamos unas cuantas cuestiones. En primer lugar, en el precepto se destaca al productor del material, que bien podría ser sancionado, en no pocas ocasiones, como autor de cualquiera de las modalidades de la letra a). En segundo, parece necesario hacer aquí también una lectura restrictiva de los términos usados por el legislador para no conferir al tipo una excesiva amplitud e inscribir en él sólo conductas relevantes directamente dirigidas a la producción, distribución, venta, ofrecimiento o exhibición de esa clase de material, siempre para favorecer su difusión, por lo general con miras crematísticas. De esta forma, únicamente deberían ser considerados como autores aquellas personas que desempeñen un papel descollante en las actividades típicas, en tanto que beneficiarias principales o impulsoras de las mismas.

Por último, por lo que se refiere a la modalidad de ofrecer, es preciso delimitar las conductas que engloba, en concreto si la oferta ha de ser directa, o si cabe el ofrecimiento genérico, a través de alguna forma de

publicidad. A bote pronto, parece más razonable limitar la conducta al ofrecimiento directo, sin descartar que algunos supuestos puedan tener encaje en el delito del art. 282 o en la provocación (art. 18), y, desde luego, constituir un ilícito administrativo.

En general, debe recapitarse sobre las dificultades a las que puede enfrentarse un juez para resolver si un determinado material ha sido elaborado con auténticos menores o personas con discapacidad, o si éstos han tenido una real participación en el referido proceso, cuando los menores utilizados son desconocidos, o no lo son pero aparentan serlo, convenientemente maquillados y depilados para aparentar menos edad; o se intercalan imágenes de menores entre escenas en las que no han tenido intervención alguna, para producir la impresión contraria, o, mediante técnicas más o menos sofisticadas, se retocan imágenes de adultos a los que se «decapita» y sustituye su cabeza y rostro por el de menores de edad, etc. Lógicamente, en todos estos casos, en principio, no hay delito que perseguir ante la inexistencia de material pornográfico elaborado con menores o personas con discapacidad. A estas dificultades se añaden otras dos, relativas a la determinación del tiempo y del lugar de la comisión del delito, particularmente cuando el material pornográfico se difunde por internet.

Como ejemplos valgan los hechos probados en las SSTS de 10-4-1997, 16-2-1998 y 19-2-2018 (hacer participar a varios menores en actos de exhibicionismo y filmarlos); de 21-3 y 24-10-2000 (en las que se absolvió a sendas madres que habían fotografiado desnudas a sus respectivas hijas de siete y nueve años, por cuanto no se hizo adoptar a las niñas ninguna posición con significado sexual, o porque no quedó probado que se hubieran hecho para su ulterior exhibición). (Vid. también las de 3-10-2007, 29-12-2015, 2-3-2016 y 21-3-2019)

Por otra parte, en el art. 189.1.b se castiga la posesión del reiterado material pornográfico para su difusión, venta, exhibición, etc. con independencia de su origen.

Pero también este comportamiento suscita interrogantes. ¿Y si en el país de origen no es delito elaborar esa clase de material o la mayoría de edad se alcanza antes de los dieciocho años?

Obviamente, la mera posesión de material susceptible de ser empleado para elaborar material pornográfico no pasa de ser un acto preparatorio impune.

El **concepto de pornografía infantil** o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad.

Siguiendo la directiva 2011/93/UE, el art. 189 define la pornografía infantil o en cuya elaboración han sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, como:

a) todo material que represente de manera visual a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada;

b) toda representación de sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales;

c) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,

d) 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;

e) 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.

Una simple lectura de las cuatro definiciones resumidas pone de relieve dos cosas: a) la necesidad de fijar el significado que haya de atribuirse a «representar» y a «representación», para completar las conductas típicas; y b) que una interpretación literal conduce a resultados constitucional y político criminalmente inaceptables.

Según el DRAE, representar equivale a ser imagen de una cosa o imitarla, ser imitación o copia, imaginar algo como real, etc. De manera que sin esfuerzo se conectan ambos términos con las ideas de imitación, caracterización, tomar a otro por modelo. Dicho con otras palabras, el legislador ha descrito las conductas típicas de forma tan difusa, en particular en lo que hace al concepto de pornografía, que es posible encajar en ella comportamientos sin la menor tangencia con persona menores de edad o con discapacidad, pues podría sostenerse, y acaso se sostenga, que cometen el delito quienes pintan o dibujan o elaboran virtualmente a través del ordenador y del correspondiente programa imágenes con apariencia de personas menores de edad o con discapacidad, reales o imaginadas, participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; o hacen lo propio con los órganos genitales, etc.

La definición de la letra a) se entiende bastante bien, aunque si la llevan a cabo personajes creados artificialmente no se advierte, como ya se ha dejado dicho, ningún peligro para un sujeto pasivo. Es oportuno exigir que la conducta en la que una persona menor de edad o discapacitada participa sea, además de inequívocamente sexual, de las que les puede ocasionar desasosiego.

La de la letra b), también es bastante clara, pues se habla de toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

No obstante, los órganos sexuales representados pueden ser los de una persona real o imaginaria, captados directamente con cualquier clase de cámara o reproducidos por medio de cualquier técnica. Y si no son de un

menor o de una persona con discapacidad...; y aunque lo sean, si las imágenes recogen sólo los órganos genitales ¿cómo se sabrá si son de un menor, salvo si es muy o bastante menor, o de una persona con discapacidad? Y si son reales y son fotografiados o filmados sin que haya actividad sexual alguna, nos encontraremos con un desnudo, y no falta jurisprudencia de nuestro TS, en la que se insiste en que el desnudo por sí sólo no es pornográfico, como vimos al estudiar la difusión de material pornográfico. El legislador ha salvado esta objeción al exigir que la representación de los órganos genitales se haga con fines principalmente sexuales. De modo que no habrá de considerarse delictiva por pornográfica la utilización de un menor o de un discapacitado al que se le fotografian los genitales sin más, será necesaria la finalidad sexual del reportaje. Mas ¿en qué consiste la finalidad sexual? ¿En el soporte en que se publique? ¿Si se publica una fotografía de los genitales de un menor en un libro serio sobre sexualidad infantil, no es pornográfico, si en una revista «porno» sí?

c) Representar visualmente a una persona que parezca un menor puede significar tanto que se utilice a una persona de más de dieciocho años de modo que aparente menos, como mediante distintas técnicas concebir a personas irreales con apariencia de reales. Quizás aquí deba adoptarse la primera posibilidad, dado que en el inciso final de la letra d se exceptúan los supuestos en que la persona que parezca ser menor sea mayor en el momento en que se tomaron las imágenes, aunque lo cierto es que la redacción típica, *prima facie*, parece acoger también la segunda.

d) Esta última variante de pornografía infantil (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) reviste un especial interés, porque puede hacer más viable la interpretación restrictiva que se intenta hacer en relación con los tres apartados anteriores, por cuanto la expresión «imágenes realistas» bien puede traducirse por representaciones de personas reales, y ello redundaría en la necesidad de interpretar los apartados precedentes como referidos a personas de carne y hueso. No obstante, los apartados a), b) y c) dicen lo que dicen.

Una exégesis como la sugerida evitaría la confrontación con los principios de prohibición de exceso y de ofensividad, algo que no parece preocupar a los autores de tanto desaguizado.

A modo de conclusión cabe señalar que las definiciones comentadas son válidas para aclarar qué es genéricamente pornografía infantil o en cuya elaboración han sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, pero no para establecer un componente esencial de unos tipos de acción, si no es a costa de burlar la CE. Una representación en la que no

intervienen personas reales no lesiona bien alguno, y deja en el aire un problema casi irresoluble. Si se decide castigar la producción, distribución, posesión, el acceso... de material pornográfico elaborado con menores o discapacitados virtuales, no reales ¿cómo se determinará la edad o la discapacidad de los que aparezcan en las imágenes? Para saber si se trata de pornografía infantil o elaborada con personas con discapacidad esa determinación es esencial. Y si no se representan niños sino adolescentes crecidos o personas sin rasgo alguno que permita deducir una cierta discapacidad ¿cómo debe procederse?

Agravaciones

En el número 2 del art. 189 se recogen unas modalidades agravadas, algunas idénticas o muy similares a las ya vistas en los arts. 183, 187, 188 b), d), f) g); otras específicas, de entre las que merecen ser destacadas la c) 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; e) cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia (en atención a su cantidad y no tanto a su valor —vid. la STS de 26-5-2021—); h) cuando concurre la agravante de reincidencia, que aquí hace algo más que determinar la imposición de la pena en su mitad superior y genera las mismas reservas que la agravante 8ª del art. 22, con más razón si cabe.

Sobre las agravaciones para cuando se han utilizado menores de edad, los hechos revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio y se representa a menores víctimas de violencia física o sexual, vid. la STS de 20-1-2015 (donde se plantea si alcanzan a la posesión del material para su difusión) y la STS de 26-5-2020 (que aplica la agravante de utilización de menores solo a quien crea el material, no a quien lo difunde).

Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores. El empleo de violencia o de intimidación justifica sobradamente la agravación del número 3. La justificación de las otras es más problemática si no hay una persona menor de edad o con discapacidad afectadas.

Asistir a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores o personas con discapacidad

El número 4 castiga al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. La única explicación que cabe atribuir a esta modalidad es la creencia en que si no hay consumidor no hay producto, si no hay

público no hay espectáculo. Y resulta difícil compartir esta creencia de manera genérica como fundamento de una infracción delictiva. Exclusivamente, si la asistencia de alguien es decisiva para que el espectáculo tenga lugar (como si de una cooperación necesaria se tratara), al extremo de que sin esa asistencia el espectáculo no se hubiera celebrado, tiene algún sentido la represión penal. Lo contrario es castigar hechos o actitudes posiblemente inmorales, pero carentes de la lesividad que un delito requiere.

La participación de menores de edad o de personas con discapacidad en el espectáculo exhibicionista o pornográfico debe tener cierta relevancia, cierto protagonismo, no puramente tangencial, para que los asistentes delinquen.

Poseción del referido material para uso propio

El número 5 castiga a quien para su propio uso adquiera o posea la repetida pornografía, con certeza porque se considera que dicha posesión entraña un peligro abstracto remoto para el bien jurídico, pues, a la postre, si se castiga dicha posesión debe ser porque se presume que así se disuade al usuario de adquirirlo y los que lo producen dejarán de hacerlo. Otra cosa sería que el material fuera expresamente encargado por el adquirente a quien lo elabora, claro que entonces estaríamos ante una cooperación necesaria de la modalidad de producir. Y, por descontado, siempre que se hubieran utilizado personas menores o con discapacidad, de lo contrario ni hay bien jurídico ni sujeto pasivo ni *sindéresis*.

En el tipo es subsumible la tenencia física y tangible de material pornográfico, así como su conservación en los archivos de un ordenador; por el contrario, no lo es contemplarlo en la pantalla del mismo ordenador tras haberlo buscado en la red. Y es imprescindible la conciencia de que se posee esa clase de material.

Vid. las SSTS 13-5-2011 y 26-3-2012. Vid. también las de 2-11-2006, 30-1-2009, 13-5-2011, 6-4-2016 y 19-12-2018. En la STS de 10-7-2009 se estimó que la puesta a disposición automática de imágenes por el programa «Emule», sin ser incorporadas al disco duro del ordenador, integra el delito de posesión de pornografía infantil. (vid. también la STS de 26 de mayo de 2020).

Acceder a la referida pornografía

Acceder a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hayan utilizado personas con discapacidad, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castiga en párrafo segundo del art. 189.5. De nuevo estamos ante un delito de difícil justificación jurídica, no sólo cuando las imágenes no son de menores o de personas con discapacidad reales, sino incluso cuando lo son y están disponibles para

todo aquél que quiera contemplarlas ¿pues qué peligro representa para los bienes jurídicos del menor o de la persona discapacitada? En tanto a los menores no se les reconoce disponibilidad plena de su intimidad (art. 4 LO 1/1996) puede haber una vulneración de la misma, pero no debería existir delito. Delito lo habrá cometido quien haya elaborado o difundido el material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado menores o personas con discapacidad.

Dejación de deberes específicos

En el apartado 6 del art. 189, se contiene un delito de omisión propia y especial propio. Es un delito de omisión propia, pues su *comisión* estriba en un mero no hacer, en no hacer lo posible para que cese la situación en que se encuentra un menor o una persona con discapacidad, una vez se tiene conocimiento de ello; y es un delito especial propio porque sólo puede ser cometido por quien tiene bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor o a una persona con discapacidad.

Cuatro son los elementos de este delito: a) una relación entre el culpable y el menor o persona con discapacidad, de las señaladas en el artículo; b) el conocimiento por parte del culpable de la prostitución o

corrupción del menor o de la persona con discapacidad a su cargo; c) que, en efecto, el menor o la persona con discapacidad practiquen la prostitución o se hallen en situación de corrupción; d) que el autor no haga lo posible para evitarlo o, de serle imposible, no acuda a la autoridad para recabar su ayuda.

El punto menos claro es el relativo a la corrupción. ¿Qué significa corrupción? Vid. la STS de 19-12-2018.

Aspecto subjetivo

En varios preceptos se exige que las representaciones de actos o de órganos tengan fines sexuales, lo que no requiere que quien las realiza persiga una finalidad de esa índole, basta con que la «obra» tenga una inequívoca connotación libidinosa.

Por otra parte, para que los hechos tipificados puedan ser imputados subjetivamente será imprescindible que el autor sepa que las personas que utiliza o visualiza en vivo o en cualquier soporte son menores de edad o discapacitadas (y que realmente lo sean) para que pueda afirmarse la tipicidad.

Y aquí ponemos punto final a estas divagaciones, con la esperanza de no cansar al posible lector y de que no resulten de lectura escasamente útil.