

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRESIONES SEXUALES TRAS LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y CRITERIOS APLICATIVOS ACTUALES. <i>Por David Lorenzo Morillas Fernández</i>	5
SIMULTÁNEAS Y ACUMULADAS. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CONCURSO DE DELITOS. <i>Por Juan Luis Fuentes Osorio</i>	67
DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO Y EL DECOMISO A TERCEROS. <i>Por Francisco Rodríguez Almirón</i>	97
EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN CLAVE DE INTEGRIDAD PÚBLICA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. <i>Por Juan José Romero Abolafio</i>	131
ACERCA DE LOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES DE REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO VERSUS LA REPARACIÓN PENAL. <i>Por José Antonio Posada Pérez</i>	181
SECCIÓN DE ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS	
EL ARTE DE PESCAR EN AGUAS PROFUNDAS: METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA BASADA EN DARK WEB Y HONEYPOTS. <i>Por Javier Valls Prieto y Facundo David Gallo</i>	223
SECCIÓN JURISPRUDENCIAL	
PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	255

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, <i>DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN SENTIDO ESTRICO. TEORÍA Y PRÁCTICA JUDICIAL</i> , DYKINSON, MADRID, 2022, 176 PÁGINAS. <i>Por Cristina Callejón Hernández</i>	275
RECENSIÓN A LA OBRA “ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ¿OPORTUNIDAD O NECESIDAD DE SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?”, FÁTIMA PÉREZ FERRER, ARANZADI, 2022, 204 PÁGINAS <i>Por Josefa Muñoz Ruiz</i>	281
RECENSIÓN AL LIBRO “LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL A EXÁMEN: PROPUESTAS DE REFORMA” MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA/ ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA (DIRECTORAS) MORALES HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL (COORD.) ED. ARANZADI-THOMSON REUTERS, 2022, 919 PÁGINAS <i>Por M.^a Asunción Colás Turégano</i>	289
NOTICIARIO	297
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	313

RECENSIÓN AL LIBRO
“LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL A
EXÁMEN: PROPUESTAS DE REFORMA”
MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA/
ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA (DIRECTORAS)
MORALES HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL (COORD.)
ED. ARANZADI-THOMSON REUTERS, 2022, 919 PÁGINAS

M.^a ASUNCIÓN COLÁS TURÉGAÑO
Profesora Titular de Derecho Penal. Universitat de València

Vivimos tiempos convulsos, momentos de cambio vertiginoso en todos los ámbitos, el derecho penal no ha permanecido ajeno a este fenómeno. Una de las preocupaciones emergentes, en el ámbito de las ciencias penales, es la relativa a la protección de las víctimas. En las últimas décadas, la victimología irrumpe como disciplina dirigida a la tutela de todas las víctimas y, de manera particular, a las que son más vulnerables. Las recientes reformas penales han incidido en esa visión victimológica encaminada a la protección de los colectivos más desfavorecidos, de este modo, la LO 8/21 de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia contra la Violencia incide en la tutela penal de la infancia y adolescencia frente a la violencia y, de manera particular, ante supuestos de violencia sexual. El camino hacia una más intensa tutela de las personas ante actos de violencia sexual se ha completado con la última reforma del CP, recogida en la LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual, una mínima parte de una ambiciosa ley por su visión global de una problemática que trasciende mucho más allá de las limitadas fronteras de la justicia penal. Ya el anteproyecto generó un agrio debate en el propio seno del gobierno, por cuestiones bastante alejadas del ámbito jurídico (Acale, p. 50). La polémica, mantenida durante el debate parlamentario, ha adquirido trascendencia mediática con la aplicación de las primeras revisiones de condena en aplicación del principio de retroactividad favorable.

Precisamente, la Ed. Aranzadi Thomson Reuters acaba de publicar la obra de un destacado grupo de penalistas y procesalistas que, de manera brillante, vienen a abordar desde muy diferentes y variados puntos de vista la sensible problemática, siempre de interés y actualidad, relativa a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Por su minuciosidad en el tratamiento de los temas y su cuidada redacción, estamos ante una obra imprescindible para comprender el sentido de la regulación actual y de las razones de las sucesivas reformas. Todo ello, sin olvidar la necesaria perspectiva crítica que puede contribuir a la siempre mejorable técnica legislativa.

En el análisis de la problemática se sigue el orden expositivo del T. VIII del L. II del CP en su redacción previa a la reforma por LO 10/2022. De esta manera, el primer capítulo de la obra se inicia con el trabajo de la Prof. María Acale Sánchez dedicado al análisis de la regulación, entonces vigente, de los delitos de agresiones sexuales y a la, entonces, proyectada reforma, hoy derecho positivo incorporada en la LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual, por la que se unifica el tratamiento penal de las agresiones y abusos sexuales. Del trabajo de la profesora Acale cabe destacar su análisis en torno al valor del consentimiento en el Convenio de Estambul clave para la reforma que lleva a la unificación de agresiones y abusos. Que en la regulación previa la diferencia entre ambas figuras pivotara en torno a los medios comisivos: concurrencia o no de violencia y/o intimidación, provocaba situaciones conflictivas como la abordada en el trabajo de la profesora Acale entre supuestos de abuso sexual con prevalimiento o intimidación ambiental a propósito del desgraciado suceso de “la Manada” de Pamplona, punto de inflexión en la toma de conciencia de la intolerabilidad de estos hechos y el tratamiento dado a las víctimas de los mismos. Era preciso, pues, un tratamiento integral para prevenir una violencia que, como destaca Acale, (p. 83) “hunde sus raíces en una serie de prejuicios sociales en virtud de los cuales las mujeres son vistas más como objeto que como sujetos sexuales y no son más que el fruto del discurso masculino sobre el uso del cuerpo de las mujeres como objeto de placer sexual para los hombres”. Concluye la doctora Acale, subrayando la importancia de la prevención en el ámbito educativo, de ahí la relevancia de la recientemente aprobada Ley Integral.

En el mismo capítulo, completa el análisis de los delitos de agresiones sexuales el profesor Miguel Ángel Morales Hernández (coordinador de la obra), con un estudio de los tipos cualificados aplicables a las agresiones sexuales sobre mayores de dieciséis años, destacando su detallado análisis de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia más reciente. En el trabajo, el autor dedica un apartado a las agravaciones contenidas en

el entonces Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, y que resulta de especial interés dado que hoy son prácticamente, sin apenas variación, derecho positivo. Del análisis del autor destaca la modificación de la agravación “por el carácter vejatorio y degradante”, añadiéndose su concurrencia en los casos que se haya utilizado una violencia de extrema gravedad, considerando el autor (p. 134) que se ha querido adecuar el tipo a la doctrina jurisprudencial del TS que exigía una especial gravedad, humillación o vejación, superior a la propia de una agresión sexual, a la hora de apreciar el subtipo cualificado. Incide también la referencia expresa a los posibles concursos en el supuesto agravado de utilización de armas u otros medios igualmente peligrosos (art. 194 bis CP). Se muestra crítico con la hiperinflación legislativa de la que se da muestra, puesto que, algunos de los subtipos agravados hubieran podido ser cubiertos con la previa regulación; así, la nueva agravación de género podría haberse contemplado con la vigente agravante genérica del 22.4. En tanto, la nueva agravante aplicable a supuestos de anulación de la voluntad de la víctima por la utilización de fármacos, drogas u otras sustancias, son supuestos que hubieran podido incluirse en la agravante de especial vulnerabilidad. Nos encontramos nuevamente ante una manifestación más del populismo punitivo que en nada contribuye a la protección de las víctimas, sino al victimismo de los perpetradores.

El capítulo segundo analiza la problemática vinculada al delito de abusos sexuales en su antigua configuración, si bien encontramos un análisis también de las implicaciones del proyecto, hoy ley vigente. El primer lugar, la profesora Patricia Esquinas Valverde (codirectora de la obra junto a la prof. Elena Marín de Espinosa Ceballos), examina la problemática de los abusos sexuales cometidos sobre personas mayores de dieciséis años, trabajo en el que destaca su exhaustivo análisis de la jurisprudencia más reciente y el examen de la siempre compleja aplicación en este ámbito-también en agresiones sexuales-de la figura del delito continuado. La autora concluye considerando que se ha llegado a una interpretación adecuada y correcta de las diferentes modalidades de abuso sexual, por lo que a su juicio, la regulación propuesta en la ley integral puede derivar en un cierto retroceso al “arramblar” con los avances interpretativos ya conseguidos y que han permitido dar solución adecuada a casos que alcanzaron trascendencia mediática como “la Manada” de Pamplona, sin perjuicio de que, cuando sea necesario, la interpretación esté orientada desde una perspectiva de género. Advierte la autora que la reforma pudiera dar lugar a cierto beneficio punitivo a violadores y abusadores obligando a los operadores jurídicos a desarrollar nuevos crite-

rios penológicos. Por todo ello, considera preferible mantener la antigua regulación con pequeños cambios a efectos de evitar ciertas incongruencias como, por ejemplo: incrementar, de forma proporcional a su contenido de injusto, la pena de los abusos sexuales sobre persona privada de sentido o cuya voluntad se anulare mediante el suministro de sustancias.

El capítulo se completa con el trabajo de la profesora Miriam Cugat Mauri dedicado al delito de abuso sexual fraudulento tipificado en el antiguo art. 182 CP. Dedicada la autora una atención especial al medio comisivo: el engaño, abordando las diversas situaciones sobre las que puede pivotar el objeto de este. Asimismo, afronta la compleja interpretación del precepto tras la introducción, mediante la reforma de 2015, de la nueva modalidad de abuso de posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima y los inevitables roces exegéticos con la modalidad de abuso de prevalimiento. Finalmente, resultan de especial interés las consideraciones de la autora sobre la desaparición de la figura con la aprobación de la LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual; en su opinión, las conductas hasta ahora subsumibles en el art. 182 pueden ser subsumidas en el nuevo art. 178.1, o bien, quedar atípicas al no aparecer en la relación de medios comisivos descritos en el ap. 2 del precepto. Si bien queda claro, como subraya la autora, que, si el hecho tiene por sujeto pasivo a una persona menor de dieciséis años, dada la especial protección a la infancia que el código dispensa en este ámbito, la conducta sí seguirá siendo delictiva.

Al capítulo segundo bis, en el que se tipificaban los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, se dedican cinco trabajos. El primero de ellos corre a cargo de la profesora Antonia Monge Fernández, en él la autora examina el art. 183, en el que se tipificaban las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años. Destaca el análisis de las particularidades de las figuras al recaer sobre víctimas menores de edad, en especial, la problemática del error sobre el consentimiento, la edad y específicamente el tratamiento e interpretación que la autora da a los supuestos de error culturalmente condicionado, situación esta última, que no es difícil encontrar en la fenomenología delictiva. Así también, el tratamiento de agravantes específicas como la aplicable por el escaso desarrollo de la víctima. Finaliza su estudio con una serie de interesantes propuestas de *lege ferenda*.

En segundo lugar, nuevamente la profesora Miriam Cugat Mauri analiza, en este caso, la figura recogida en el art. 183 bis, en la que se castigan modalidades de abuso sin contacto sobre menores de dieciséis años. En el trabajo, se examina el papel de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los meno-*

res y la pornografía infantil en la tipificación de estas modalidades. En particular, la profesora Cugat aborda de manera detenida los criterios de delimitación de las conductas tipificadas en el precepto, por un lado, con la figura de abusos sexuales a menores recogida en el art. 183.1 y, por otro, con el delito de exhibicionismo.

En tercer lugar, se analizan los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2). La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto un cambio radical en la manera de relacionarse, de manera particular entre las generaciones más jóvenes, los llamados nativos digitales, que han hecho de la realidad virtual el ámbito en el que materializar sus relaciones sociales. Ello ha tenido una trascendental importancia en el mundo de la delincuencia y del Derecho Penal por la aparición de nuevas figuras delictivas en las que se utiliza como medio comisivo estas nuevas tecnologías, bien por la realización de los delitos clásicos mediante estas. El ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual no ha permanecido ajeno a esta transformación y ello llevó al legislador a introducir nuevas modalidades delictivas. Con relación a las mismas, en la obra encontramos, en primer lugar, el estudio de la profesora Cristina Guisasola Lerma quien realiza un estudio de ambos delitos a la luz de la jurisprudencia más reciente, examinando cada uno de los elementos de la descripción típica, con un especial análisis de las controvertidas posibilidades concursales, con explícita referencia al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 que admite la eventualidad del concurso, sin descartar otras posibilidades, siempre en el marco del respeto al principio *ne bis in idem* como del principio de legalidad. Asimismo, se ocupan del fenómeno Carolina Villacampa Estiarte y Clàudia Torres Ferrer, en su trabajo, las profesoras Villacampa y Torres, analizan los conceptos de *grooming* y *sexting* y la evolución legislativa, claramente influenciada por la especial preocupación por el “supuesto aumento” de la victimización sexual de los menores que llevó a nuestro legislador a tipificar los delitos de *online childgrooming* y *sexting*. Tras las precisiones conceptuales se detienen en el análisis de la prevalencia de estas figuras, subrayando la escasez de estudios empíricos sobre la misma. En el estudio se analizan las principales cuestiones dogmáticas de las figuras y la incidencia de las últimas reformas del CP (2010, 2015), así como la trascendencia de las últimas reformas legales: LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, así como a la entonces proyectada LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Finaliza el capítulo con el estudio de la profesora M^a Belén Sánchez Domingo sobre la validez del consentimiento del menor de dieciséis años

al amparo de la regulación contenida en el art. 383 *quáter* del CP. En su trabajo, la profesora Sánchez Domingo valora la importancia de la cláusula a efectos de otorgar relevancia al consentimiento libre prestado por el menor de dieciséis años, si bien considera criticable la no extensión de esta a otros delitos como el de exhibicionismo y provocación sexual del C. IV. A la vista de la interpretación jurisdiccional que se ha hecho de la misma, se muestra crítica con la redacción de la cláusula, pues la indefinición de elementos como “proximidad en edad” o “grado de desarrollo o madurez” puede provocar inseguridad jurídica, por lo que reclama una reforma del precepto con el fin de proporcionar criterios aplicativos más precisos.

La profesora Rosario de Vicente Martínez se encarga de analizar en el capítulo tercero de la obra, el delito de acoso sexual tipificado en el art. 184 del CP. En el estudio se analiza la evolución legislativa de la figura, se examinan tanto el tipo básico como el agravado e hiperagravado. Siendo de especial interés el aporte de las novedades que para ese delito ha supuesto la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Finaliza el trabajo con unas interesantes reflexiones en clave político criminal relativas a la ubicación de la figura, en atención a diferentes propuestas doctrinales, bien al ámbito de los delitos contra la integridad moral, bien a los delitos contra los derechos de los trabajadores, considerando la profesora de Vicente más adecuada esta última ubicación por ser más apropiada a la tutela de los derechos de los trabajadores ante conductas de acoso atentatorias contra la dignidad humana “bien en su vertiente de libertad, incluida la libertad sexual, bien en su vertiente de integridad física o moral” (p. 546).

Se dedica el capítulo cuarto al examen de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, del que se encarga el profesor Manuel Gómez Tomillo. En el trabajo se examinan los elementos típicos de ambas figuras, prestándose una especial atención a los problemas de delimitación con las infracciones administrativas paralelas, recogidas en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. Asimismo, incorpora el autor una serie de sugerentes propuestas político-criminales, algunas dirigidas a una mejor redacción del delito de exhibicionismo en aras a un mayor respeto del principio de taxatividad.

En el capítulo quinto de la obra se examinan los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, en él encontramos los trabajos de un nutrido grupo de profesores: así, en primer lugar, la profesora Elena Marín de Espinosa Ceballos (codirectora de la obra junto a la prof. Patricia Esquinas Valverde) analiza los delitos de prostitución de adultos (art. 187 CP) y los delitos de prostitución de menores o

personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 188 y 189 CP). En el trabajo, la profesora Marín de Espinosa aborda, como no podía ser de otra manera, el complejo problema relativo a los diferentes modelos en respuesta al ejercicio de la prostitución (prohibicionista, legalizador, reglamentista o abolicionista) y la situación de la regulación española en este punto. Se detiene en el análisis de todos y cada uno de los elementos típicos, acompañando de interesantes propuestas de *lege ferenda*. De esta forma, propone la derogación del contenido del art. 188.4 relativo a la punición del cliente de la prostitución de menores e incapaces por colisionar con el contenido del art. 181 CP, dado que en el primero se sanciona la relación sexual consentida, a cambio de dinero, del mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, en tanto se estima atípica en el art. 181, que fija en los dieciséis años la edad para poder consentir en el ámbito sexual. Tal propuesta, ante la incongruente redacción actual, no colisionaría con la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, puesto que se seguiría sancionando al cliente de la prostitución de menores cuando la conducta fuera constitutiva de un delito de agresión o abuso sexual.

En segundo lugar, encontramos el estudio del profesor Javier Gustavo Fernández Teruelo dedicado al análisis y evolución legislativa del delito de pornografía infantil (art. 189 CP). En él, se destaca la progresiva ampliación de las conductas subsumibles en el delito de pornografía infantil, la problemática de la inclusión de personas con discapacidad a pesar de la práctica inexistencia en la actualidad de un mercado de producción, distribución y consumo de “pornografía de personas adultas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Se realizan interesantes reflexiones sobre el objeto material, ahondando el autor en el concepto de pornografía infantil introducido por la reforma del CP por la LO 1/2015. El nuevo concepto incorpora determinadas descripciones que resultan significativamente confusas (p. 698), de esta manera se examinan los conceptos de pornografía técnica, virtual, pseudopornografía y la pornografía infantil sonora y escrita. El trabajo concluye con una serie de sugerentes propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*.

Por último, el profesor Miguel Ángel Morales Hernández (coordinador de la obra) realiza un examen de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la comisión del delito de prostitución, explotación y corrupción de menores (art. 189 ter CP) introducido mediante la LO 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia. Se detiene el autor en el examen de los elementos necesarios para poder hacer responsable a una persona jurídica del delito de prostitución o explotación sexual o corrupción de menores.

En los capítulos finales se analizan las disposiciones comunes al conjunto de delitos, así como cuestiones procesales. De este modo, en el capítulo sexto dedicado a las disposiciones comunes, la profesora M.^a Ángeles Catalina Benavente realiza un estudio sobre la perseguibilidad de estos, con un análisis de la previsión contemplada en el art. 191, dando una atención especial a los supuestos en los que la víctima es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, con particular incidencia en la intervención del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, la profesora M.^a del Valle Sierra López lleva a cabo un análisis de la medida de seguridad de libertad vigilada especialmente prevista para los sujetos condenados por la comisión de delitos sexuales. Tras un examen de sus antecedentes, se analiza la configuración de la medida en el CP para esta específica delincuencia subrayándose el carácter simbólico de la medida, máxime si se tiene en cuenta la falta de previsión legislativa al no haberse creado la figura del agente de libertad vigilada (p. 847). Concluye la autora el trabajo con unas interesantes consideraciones sobre el entonces proyecto de LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual y las implicaciones de la reforma para la medida de libertad vigilada en este ámbito.

El último capítulo del trabajo, el séptimo, se dedica al examen de cuestiones procesales relativas a las siempre interesantes e importantes cuestiones atinentes a la investigación y prueba en procesos por delitos sexuales, la redacción de este corresponde a la profesora Cristina Ruiz López. En el trabajo la autora incorpora agudas reflexiones en torno a la necesidad de incorporar las perspectivas de género y de infancia en la investigación de estos delitos.

Como se puede comprobar, estamos ante una obra fundamental para el estudio y análisis de las cuestiones teóricas y prácticas relativas a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, al ofrecer una amplia y profunda reflexión sobre todas y cada una de las figuras contempladas en el Título VIII del Código Penal. La obra deviene imprescindible en el momento presente en el que, la discusión mediática sobre estos delitos, precisa del análisis sosegado y profundo que lleva a cabo este conjunto de brillantes académicos. Sus aportaciones de seguro contribuirán al progreso en el examen de figuras tan complejas, pero, sobre todo, a una más certera y ajustada aplicación de estas.