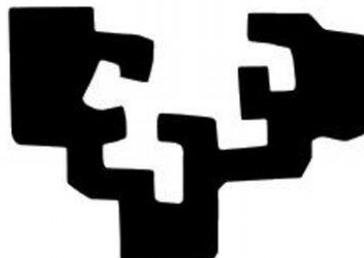


eman ta zabal zazu



**DOBLE GRADO ADE + DERECHO**

**EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA SOBRE  
LA PROTECCIÓN PENAL SEXUAL DE LOS MENORES**

**AUTORÍA: ALFONSO CORTÁZAR BAHÓN**

**DIRECCIÓN: NORBERTO JAVIER DE LA MATA BARRANCO**

**AÑO ACADÉMICO: 2018/2019**

**FECHA: 14/02/2019**

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE LA INDEMNIDAD Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>5</b>
II.1. Indemnidad sexual penal.....	5
II.2. Edad de consentimiento. ....	7
<b>III. REGULACIÓN ACTUAL EN LO RELATIVO A DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL PENAL.....</b>	<b>9</b>
III.1. Tipo básico de abuso sexual sobre menor de dieciséis años (art. 183.1 CP).....	9
III.2. Tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años (art. 183.2 CP).....	10
III.3. Tipos cualificados de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 183.3 y 183.4 CP).....	13
1. Acceso carnal o introducción de objetos. ....	13
2. Otros tipos cualificados (art. 183.4 CP) .....	15
III.4 Child grooming (art. 183 bis CP) .....	16
III.5. Exhibicionismo y provocación sexual (artículo 187 CP).....	19
III.6. Prostitución de menores (artículo 188 CP) .....	20
III. 7. Delitos de corrupción de menores (artículo 189 CP).....	22
III.8. Aspectos destacables de la regulación actual sobre indemnidad sexual .....	24
<b>IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON LA INDEMNIDAD SEXUAL PENAL .....</b>	<b>25</b>
IV.1. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. ....	25
IV.2. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	27

IV.3. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	30
IV.4. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	32
IV.5. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	35
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>37</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>40</b>

## I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal (a partir de ahora también llamado CP) mediante la Ley Orgánica (a partir de ahora también LO) 1/2015 de 30 de marzo, el legislador ha llevado a cabo una serie de modificaciones de gran importancia en nuestro sistema penal, que han generado un intenso debate en lo relativo a la capacidad sexual de los menores.

La exposición de motivos XII de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal, introdujo una serie de cambios en lo referente a los *“delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.”* El fin de estas modificaciones, fue el endurecimiento de las penas en la lucha contra la vulneración de la indemnidad sexual de los menores.

Es aquí donde se presenta una de las medidas más controvertidas que se desprenden de este nuevo Código, la elevación de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años de edad. Esta medida, tal y como se argumenta en la exposición de motivos, se ha tomado con el fin de “armonizar” las edades de consentimiento sexual con el resto de Estados europeos, donde la edad de consentimiento se suele situar entre a los catorce y los dieciséis años. En concreto, la nueva redacción del Código Penal nos acerca a la regulación establecida en los países anglosajones, donde su cultura jurídica ha venido a establecer el umbral de los dieciséis años como el límite fijado para otorgar capacidad de decisión sexual a sus ciudadanos. Por consiguiente, todo acto de carácter sexual realizado con un menor de dieciséis años se considerará, en principio, como delito.

Esta nueva redacción nos hace preguntarnos si el legislador no está sobreprotegiendo en exceso al menor en lo relativo al sexo. Para dar respuesta a esta pregunta principal, estudiaremos las reformas que se han introducido en la nueva redacción y veremos cómo justifica el legislador la necesidad de los cambios que ha introducido.

En primer lugar, explicaremos dos conceptos básicos que hemos de entender para poder hablar de la capacidad sexual de los menores, estos son la indemnidad sexual y la edad de consentimiento.

Después, nos centraremos en los delitos contra la indemnidad sexual que recoge el Código Penal a día de hoy para estudiarlos con detenimiento, resaltando los sujetos envueltos, la acción típica, los elementos subjetivos y finalmente las penas.

A continuación, nos detendremos a analizar las reformas que se han llevado a cabo en el Código Penal en materia de indemnidad sexual, a saber; 1999, 2003, 2010 y 2015. Junto con lo anterior, también analizaremos la evolución que sufrieron los delitos en cada una de estas reformas.

Por último, acabaremos con unas conclusiones globales del trabajo realizado con la intención de subsumir todo lo visto, aportando opiniones personales en lo relativo a la evolución de la normativa penal.

## **II. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE LA INDEMNIDAD Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Antes de comenzar con el análisis de las figuras jurídicas que se han modificado, creemos que es importante definir y comprender ciertos conceptos que nos van a acompañar a lo largo de todo el trabajo, así como repasar el cambio que han sufrido tanto la figura de la indemnidad sexual como la edad del consentimiento sexual a lo largo de las diferentes reformas que ha sufrido el Código Penal.

### **II.1. Indemnidad sexual penal**

En primer lugar, resulta necesario definir la figura de la indemnidad sexual, la cual se podría entender como la necesidad de mantener alejadas a las personas que carecen de libertad sexual, bien de forma provisional (menores de edad) o bien de forma definitiva (incapaces), de toda actividad sexual con el fin de proteger su futura libertad sexual. La razón por la que estos sujetos han de ser protegidos contra todo contacto sexual es que, o bien aún no tienen, o bien nunca tendrán, la madurez necesaria para comprender qué es el sexo; por ello, pueden ser objeto de engaños o abusos por parte de personas mayores.

El hecho de que estos sujetos carezcan de libertad sexual, nos hace ver que su consentimiento resulta en todo caso irrelevante, pues la indemnidad sexual no es un bien

jurídico de libre disposición, al contrario que la libertad sexual. Así pues, consideraremos el consentimiento sexual que dé uno de estos sujetos como nulo “iuris et de iure”, es decir, sin poder admitir prueba en contra. Sin embargo, y como veremos más adelante, la nueva redacción del Código Penal regula en su artículo 183 quarter la posibilidad de excluir la responsabilidad penal de los actos sexuales realizados con menores de dieciséis años si estos se realizan con *consentimiento libre del menor (...) y cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*<sup>1</sup>. Esta posibilidad resulta de lo más curiosa, porque se está convirtiendo una presunción “iuris et de iure” en una “iuris tantum” para poder despenalizar conductas sexuales que los jóvenes llevan a cabo entre sí.

Por otro lado, hay que remarcar que aunque el concepto de indemnidad no viene recogido de manera expresa en la Constitución Española, se puede vincular con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y con el deber de protección de la infancia (art. 39 CE) y de los disminuidos psíquicos por los poderes públicos (art. 49 CE)<sup>2</sup>.

La figura de la indemnidad sexual, es un concepto que fue introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a finales de los años setenta. En un principio se denominó como “intangibilidad sexual” y pretendía expresar que existen ciertas personas que debido a su edad o condiciones psicológicas son intocables sexualmente.<sup>3</sup> Este concepto se introdujo de manera definitiva en la legislación española con la reforma del Código Penal de 1999 y ha ido evolucionando con el pasar de los años hasta llegar a ser lo que a día de hoy entendemos por indemnidad sexual.

Desde sus comienzos la figura de la indemnidad ha sido muy debatida, pues existe un sector de la doctrina que no considera que la indemnidad sexual sea un bien jurídico propio, sino que está íntimamente ligado a la libertad sexual<sup>4</sup>. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina sí considera que la indemnidad sexual es un bien jurídico diferenciado de la libertad sexual, pues se protege, además de la propia libertad sexual, el desarrollo

---

<sup>1</sup> Hablamos de los actos recogidos en el Capítulo II bis del Título VIII del CP (Arts. 183, 183 bis y 183 ter).

<sup>2</sup> RAGUÉS i VALLÉS, R., SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3º Ed., Atelier, Barcelona, 2011. Págs. 435-439

<sup>3</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6 (2000), págs. 82-85

<sup>4</sup> ROPERO CARRASCO, J.: “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550: pág. 297

de la libre personalidad<sup>5</sup>. En este debate, he de posicionarme a favor de los segundos ya que, bajo mi punto de vista, considero que la libertad y la indemnidad sexual no son lo mismo ni pueden compararse en todos los aspectos. Es cierto que ambas figuras nos protegen de vernos envueltos en actos sexuales no deseados, pero como afirma Ragués i Vallés, el desarrollo de la libre personalidad es esencial para entender por qué se otorga mayor protección a los menores de edad en este aspecto<sup>6</sup>. Además, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil considera que los sujetos pasivos de los delitos contra la indemnidad sexual han de ser más protegidos debido al mayor desvalor de la acción.

## **II.2. Edad de consentimiento.**

Otro de los aspectos claves que debemos comprender y desarrollar, es el de la edad de consentimiento sexual. Su definición resulta muy sencilla, pero también posee un tono de subjetividad que complica mucho el llegar a un consenso sobre ella. La edad de consentimiento sexual se define por la Directiva 2011/93/UE como:

*“La edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”.*<sup>7</sup>

El cambio de la edad de consentimiento sexual, ha sido descrito por el legislador en la exposición de motivos XII como *“la novedad más importante”* de la reforma, esto es debido a su considerable aumento, pasando de los trece a los dieciséis años de edad. Precisamente, esta es una de las medidas más controvertidas que se desprenden de este nuevo Código. Esta medida, tal y como se argumenta en la reforma, se ha tomado con el fin de *“armonizar”* las edades de consentimiento sexual con el resto de Estados europeos, donde la edad de consentimiento se suele situar entre a los catorce y los dieciséis años. En concreto, la nueva redacción del Código Penal nos acerca a la regulación establecida en los países anglosajones, donde su cultura jurídica ha venido a establecer el umbral de los dieciséis años como el límite fijado para otorgar capacidad de decisión

---

<sup>5</sup> RAGUÉS i VALLÉS, R., SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3º Ed., Atelier, Barcelona, 2011. Págs. 440

<sup>6</sup> RAGUÉS i VALLÉS, R., SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3º Ed., Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 430

<sup>7</sup> Directiva 2011/93/UE

sexual a sus ciudadanos. Por consiguiente, todo acto de carácter sexual realizado con un menor de dieciséis años se considerará, en principio, como delito

Es destacable que en lo relativo a la edad de consentimiento sexual, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, dejó al criterio de los propios Estados de la Unión Europea la elección de la edad de consentimiento sexual<sup>8</sup>.

En España, el Código Penal de 1995 partía de los doce años como edad de consentimiento sexual, pero, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, que introdujo la figura de la indemnidad sexual, se había fijado dicha edad en los trece años. Esta edad, que si bien resultaba inferior al resto de países europeos, tampoco resultaba descabellada a día de hoy, pues tal y como demuestran diferentes estudios, más de la mitad de los menores españoles comienzan sus actividades sexuales entre los catorce y los quince años.<sup>9</sup> Sin embargo, el aumento de esta barrera del consentimiento parece que de alguna forma criminaliza las relaciones sexuales entre personas jóvenes, pudiendo llegar a incidir negativamente en la manera en la que la sociedad y, especialmente los jóvenes, pueden percibir el sexo consentido, libre y maduro.

Sin embargo, para tratar de dar una solución a los argumentos arriba esgrimidos, el legislador ha abierto una suerte de cajón de sastre en el art. 183 quarter del nuevo Código Penal en el que establece que para los casos de los delitos de los artículos 183, 183 bis y 183 ter. :

*“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”.*

A mi parecer, resulta curioso que se haya tenido que abrir esta ventana legislativa para legalizar los encuentros sexuales entre menores y personas cercanas a la mayoría de edad, cuando lo más sencillo hubiera sido mantener la edad de consentimiento anterior, o haberla elevado a los catorce años para lograr la “armonización” que buscaba el legislador, pero de ahí a aumentarla hasta los dieciséis años, situándonos como el tercer

---

<sup>8</sup> Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil

<sup>9</sup> HUETE NOGUERAS, J.J.: “Principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abuso sexuales”, 2015. Descargado de: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8) pág. 9

país con la edad de consentimiento más alta de todo Europa resulta realmente extraño. Bajo mi parecer, hubiera sido mucho más lógico establecer una barrera de edad menos elevada que tener que revisar caso por caso si los participantes en el encuentro sexual cumplen con los requisitos de madurez y desarrollo que establece la ley.

### **III. REGULACIÓN ACTUAL EN LO RELATIVO A DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL PENAL**

En este apartado del trabajo nos acercaremos a las figuras delictuales sobre las que vamos a realizar la evolución histórica. Para poder comprenderlas mejor, analizaremos los sujetos intervinientes en la comisión de los delitos así como la conducta típica, los elementos subjetivos y finalmente las penas que se aplican a día de hoy.

#### **III.1. Tipo básico de abuso sexual sobre menor de dieciséis años (art. 183.1 CP)**

El delito básico de abuso sexual viene recogido en el artículo 183.1 del Código Penal en el cual se establece que *“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.”* De esta redacción podemos apreciar que el abuso consiste en una intromisión en la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años sin que intervenga violencia ni intimidación.

##### **1. Sujetos**

- Sujeto activo: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales son delitos comunes, es decir, que pueden cometerlos cualquier persona, tanto hombre como mujer sin importar su edad.
- Sujeto pasivo: Al estar hablando específicamente sobre el art. 183.1 entendemos que el sujeto pasivo debe ser en todo caso, menor de dieciséis años. Dicho esto, el sujeto pasivo puede responder a cualquier género y ser incluso pareja o cónyuge del sujeto activo.

## 2. Conducta típica

Como hemos señalado, un abuso sexual es una intromisión en la indemnidad sexual de un menor de dieciséis años. Ahora bien, existen diferencias de criterio sobre lo que significa abusar, pues no está claro si deben incorporarse todo tipo de conductas, como tocar zonas no erógenas (vientre, pierna, nariz...) o besar partes que a priori pueden considerarse como no sexuales (beso en la mejilla o frente)<sup>10</sup>.

## 3. Elementos subjetivos

El elemento subjetivo en los abusos sexuales no admite duda a día de hoy, pues ya nadie considera que el ánimo libidinoso sea necesario para cometer un delito de estas características.<sup>11</sup> Por ello, entendemos que tan solo con el dolo se puede cumplir con la subjetividad necesaria. Dicho esto, para que una conducta típica pueda encajar en este tipo de delito es necesario que el dolo alcance no solo al querer llevar a cabo el abuso en sí mismo, sino que además, es necesario que el autor conozca la edad de la víctima<sup>12</sup>; ya que de no hacerlo, puede incurrir en un error de tipo, que de ser vencible, supondrá la impunidad de su conducta.<sup>13</sup>

## 4. Penas

Las penas que impone el Código Penal a los culpables de un delito de abusos en su tipo básico contra menores de dieciséis años, van desde los dos hasta los seis años de prisión. Estas penas resultan muy superiores a las impuestas por la misma acción cuando la víctima es mayor de dieciséis años; esto se debe a la necesidad del legislador de proteger la futura libertad sexual de estos menores y al mayor desvalor que supone la acción.

### **III.2. Tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años (art. 183.2 CP)**

El tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años se regula en el artículo 183.2 del Código Penal, el cual tipifica que *“Cuando los hechos (de carácter sexual) se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado*

---

<sup>10</sup> RAMÍREZ, M.C.: “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Política Criminal* nº 3, 2007. Pág. 8

<sup>11</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005). Págs. 15-20

<sup>12</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 15 (2010), pág. 92

<sup>13</sup> Véase: CP Artículo 14

*por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”.*

De esta redacción entendemos que la agresión sexual contra menores de dieciséis años consiste en una intromisión en la indemnidad sexual, interviniendo violencia o intimidación.

## 1. Sujetos

- Sujeto activo: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales son delitos comunes, es decir, que pueden cometerlos cualquier persona, tanto hombre como mujer sin importar su edad.
- Sujeto pasivo: Al estar hablando sobre el capítulo II bis, entendemos que el sujeto pasivo debe ser en todo caso, menor de dieciséis años. Dicho esto, el sujeto pasivo puede responder a cualquier género y ser incluso pareja o cónyuge del sujeto activo.

## 2. Conducta típica

La conducta típica consiste en atacar la indemnidad sexual del menor de dieciséis años empleando violencia o intimidación. De esta definición se desprende la necesidad de analizar más profundamente las figuras de la violencia y la intimidación.

### 2.1. Violencia

El término de violencia o “vis absoluta” se entiende como el empleo de fuerza eficaz y suficiente por parte del sujeto activo para vencer la voluntad de la víctima.<sup>14</sup> Tras la definición poco precisa de la jurisprudencia sobre la violencia cabe preguntarse hasta qué punto es necesario que alcance la violencia. En un principio, se considera que es suficiente la exteriorización de la negatividad a la relación sexual siempre que medie una relación de causalidad entre la violencia empleada y la agresión.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Véase Sentencia Penal, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, 9 de febrero 2010, (LL 53250/2010)

<sup>15</sup> Véase Sentencia Penal Nº 52/2010, Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1, Rec 1/2009 de 01 de Marzo de 2010.

## 2.2. Intimidación

La intimidación equivale a amenazar y que estas amenazas guarden una relación causal con la agresión. La intimidación es un elemento de naturaleza psíquica, que requiere del empleo de la coacción o amenaza con un mal racional y fundado.<sup>16</sup> De esta manera la jurisprudencia ha establecido que la exhibición de armas blancas<sup>17</sup>, o amenazar con cometer un delito de lesiones sobre la víctima<sup>18</sup> son conductas en las que queda demostrada la intimidación.

## 3. Elementos subjetivos

El elemento subjetivo en las agresiones sexuales, al igual que en los abusos resulta más que evidente, pues como hemos mencionado con anterioridad, el ánimo libidinoso no se considera necesario para cometer un delito de estas características.<sup>19</sup> Asimismo, entendemos que a día de hoy tan solo con el dolo se puede cumplir con la subjetividad necesaria. Para que una conducta típica pueda encajar en este tipo de delito es necesario que el dolo alcance no solo al querer llevar a cabo el abuso en sí mismo, sino que además hace falta que el autor conozca la edad de la víctima<sup>20</sup>, ya que de no hacerlo se incurriría en la conducta de agresión sexual tipo, tipificada en el artículo 179 del Código Penal.

## 4. Penas

Las penas que contempla en Código Penal para este tipo de delitos van desde los cinco hasta los diez años de prisión. Al igual que en el caso de los abusos sexuales sobre menores de dieciséis años, estas penas son muy superiores a las que regula el artículo 178 del Código Penal. Esto se debe al mayor desvalor de la acción por tratarse de personas especialmente vulnerables a causa de su edad o condición psíquica.

Por otro lado, resulta obvio que las penas para este tipo de delitos sean superiores a las de los abusos sexuales del artículo 183.1 CP, esto se debe a que el empleo de la violencia o la intimidación por parte del sujeto pasivo produce una mayor gravedad de la

---

<sup>16</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 15 (2010), pág. 92

<sup>17</sup> Véase Sentencia Penal, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, 9 de febrero 2010, (LL 53250/2010)

<sup>18</sup> Véase Sentencia nº 1396/1999 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de Octubre de 1999

<sup>19</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6 (2000), págs. 76-78

<sup>20</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 15 (2010), págs. 93-96

acción, haciendo que estos delitos se consideren como más graves y por consiguiente, tengan asociadas penas superiores a los abusos.

### **III.3. Tipos cualificados de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 183.3 y 183.4 CP)**

Los tipos cualificados de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años se regulan en el propio artículo 183 del Código Penal, el cual establece distintas penas en función de si se ha empleado violencia o intimidación (agresiones) o no (abusos).

#### **1. Acceso carnal o introducción de objetos.**

El delito de agresión o abuso con acceso por vía carnal es el tipo cualificado de delito contra la indemnidad sexual que produce el mayor desvalor de la acción, así como el que más alarma social crea en la población. El Código Penal lo regula en su artículo 183.3 y en él se tipifica que:

*“Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2”*

##### *1.1. Sujetos*

- Sujeto activo: En el caso de los delitos contra la indemnidad sexual que consistan en el acceso carnal, existen discrepancias a la hora de establecer quien puede ser sujeto activo, por un lado existe una corriente doctrinal mayoritaria que considera que en los casos de acceso carnal tan solo puede resultar como agresor un hombre<sup>21</sup>, mientras que otros, como Muñoz Conde sostienen que si existe contacto entre los órganos sexuales de las mujeres, podríamos hablar de que las mujeres cometen este tipo de agresión.<sup>22</sup>. Sin embargo, en lo relativo a la introducción de objetos, sí que existe unanimidad a la hora de afirmar que el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer.
- Sujeto pasivo: Al igual que en el resto de las conductas típicas del artículo 183 del Código Penal, estamos hablando de un sujeto pasivo menor de dieciséis años; y,

---

<sup>21</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005). Págs. 30-32

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 237

como anteriormente, este puede responder a cualquier género y ser incluso pareja o cónyuge del sujeto activo.

### *1.2. Conducta típica*

El artículo 183.3 del Código Penal recoge dentro del mismo los hechos constitutivos tanto de abusos como de agresiones y, dentro de ambas, distingue entre el acceso carnal y la introducción de objetos o miembros corporales, por ello, el análisis de este punto ha de ser más fragmentado.

En primer lugar, el hecho de hablar de abusos supone entender que no ha habido ni violencia ni intimidación durante la realización del delito, por lo que entendemos que la lesividad de esta acción es menor que la que se produce cuando el sujeto activo emplea la violencia o la intimidación para conseguir llevar a cabo el delito.

Por otro lado, la redacción del artículo 183.3 del Código Penal establece que este precepto puede llevarse a cabo bien mediante el acceso carnal o bien mediante la introducción de objetos o miembros corporales. A la hora de hablar del acceso carnal, no supone ninguna complicación, pues se entiende como la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo del sujeto pasivo. Sin embargo, la conducta de introducir miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, ha sufrido varias reformas a lo largo de los años. De hecho, no fue hasta la reforma del Código Penal 15/2003, de 25 de noviembre, cuando se tipificó “la introducción de miembros corporales” por vía vaginal o anal, ya que con anterioridad estas conductas no se consideraban como un tipo cualificado de agresiones o abusos. Según el Tribunal Supremo, los miembros corporales no eran asimilables a “objetos” por no ser inertes, de hecho, el alto tribunal desestimó condenar por violación dos casos en los que diferentes mujeres habían sufrido penetraciones digitales por vía vaginal<sup>23</sup> y otra en la que la víctima sufrió una penetración lingual.<sup>24</sup>

### *1.3. Elementos subjetivos*

El tipo subjetivo de los delitos sexuales es el dolo, es decir, que el sujeto activo debe querer cometer un acto delictivo sobre una persona, siendo consciente de su edad, ya que en caso contrario, estas conductas se englobarían en los apartados relativos a la violación o a los abusos sexuales agravados sobre mayores.

---

<sup>23</sup> Véase Sentencia nº 1728/1999, de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 5 de Abril de 2000.

<sup>24</sup> Véase Sentencia nº 1214/2002 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de Julio de 2002

#### *1.4. Penas*

Finalmente en lo relativo a las penas, el legislador distingue entre la pena impuesta a los abusos y a las agresiones con penetración, estableciendo para la primera una pena de prisión de entre ocho y doce años y; una pena de entre doce y quince años para la segunda. Al igual que en los casos de los tipos básicos de abusos y agresiones sobre menores, las penas que se imponen cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años son muy superiores a las establecidas para los cometidos sobre personas capaces sexualmente, tal y como veremos a continuación.

En primer lugar, para el caso de abusos sobre menores de dieciséis años del artículo 183.3 del Código Penal, la pena inferior es el doble de la impuesta para los abusos sobre mayores (artículo 181.4 CP), que va de los cuatro a los diez años. Además, el límite superior también se amplía, llevándolo hasta los doce años.

En lo relativo a las agresiones del artículo 183.3 del Código Penal, las penas también son el doble a las del delito de violación (artículo 179 CP) en su límite inferior, pues las primeras van de los doce a los quince años mientras que las del artículo 179 van de los seis a los doce años.

La mayor severidad de estas penas en relación con las de los delitos cometidos contra personas mayores de dieciséis años, se debe a que el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de lo injusto que presentan las conductas, pues no solo se lesiona la indemnidad sexual; sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor<sup>25</sup>.

#### **2. Otros tipos cualificados (art. 183.4 CP)**

En los tipos cualificados que vamos a enumerar a continuación se impondrá tanto para agresiones como para abusos sexuales la pena en su mitad superior.

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

---

<sup>25</sup> SALAT PAISAL, M.: “Las consecuencias sancionadoras aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas”, *Estados penales y criminológicos*, vol. XXXVI (2016). Págs. 318-323.

- c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

#### **III.4 Child grooming (art. 183 bis CP)**

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), ha supuesto una auténtica revolución para el ser humano, pero a pesar de aportarnos numerosos beneficios, también ha propiciado la aparición de nuevas conductas que el Derecho Penal no puede dejar pasar. Es por ello, que el legislador ha visto la necesidad de perseguir y castigar penalmente ciertas conductas en las que un adulto abusa de la confianza de un menor con el fin de concertar un encuentro sexual.

Bajo este precepto, podemos definir el child grooming como aquellas acciones preconcebidas que lleva a cabo un adulto a través de Internet para ganarse la confianza de un menor de edad y, obtener su propia satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas que consigue del menor, pudiendo llegar incluso a concertar un encuentro físico y abusar sexualmente de él<sup>26</sup>

El child grooming es un delito reciente en nuestro ordenamiento, que fue introducido en el Código Penal tras la reforma de 2010. Sin embargo, a pesar del poco tiempo que llevaba tipificado, fue objeto de reforma tras la nueva redacción del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la cual establece en el artículo 183 ter del Código Penal lo siguiente:

*“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos*

---

<sup>26</sup> PANIZO GALENCE, V.: “El ciber-acoso con intención sexual y el child grooming”, 2010 Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses, ISSN 1888-0665, N°. 15, 2011. Pág. 30

*en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”*

## 1. Sujetos

Al igual que el resto de delitos contenidos en el art. 183 del Código Penal, el child grooming es un delito común, es decir, que cualquier persona puede ser el sujeto activo, tanto hombres como mujeres. Además, cabe resaltar que estos delitos pueden llevarse a cabo por sujetos menores de edad, que oscilen entre los dieciséis y los dieciocho años, aunque lógicamente, al tratarse de un menor de edad se les aplicaría las penas previstas en la LOPRM<sup>27</sup>.

Por otro lado, en lo relativo al sujeto pasivo, es necesario que este sea un menor de dieciséis años, ya que este delito únicamente protege a menores de dieciséis años. En el caso de que encontrásemos ante una víctima mayor de dieciséis años, tendríamos que ir a otros preceptos del Código Penal para criminalizar la conducta del ciber-acosador, teniendo que analizar si nos encontramos ante un delito de amenazas, o un delito contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII de nuestro Código Penal. Una vez dicho esto, entiendo que el mantener los dieciséis años como umbral de protección para este tipo de conductas resulta lógico, pues precisamente se está tratando de evitar que el sujeto activo pueda llevar a cabo los hechos del artículo 183 del Código Penal<sup>28</sup>.

## 2. Conducta típica

El Código Penal tipifica como child grooming que un sujeto activo, a través de las TIC, contacte con un menor de dieciséis años para tener un encuentro de carácter sexual con él. Asimismo, el tipo penal exige que el sujeto activo acompañe el contacto con actos materiales encaminados al acercamiento sexual, es decir, no basta mantener una simple conversación, sino que esa conversación ha de estar encaminada a obtener un contacto

---

<sup>27</sup> PULIDO RODRÍGUEZ, C.: “Prevención de abusos sexuales a menores en Internet: Acciones preventivas online” 2010. Universidad de Barcelona. Pág. 107

<sup>28</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”. 2017, núm. 19-10. Pág. 5

sexual con el menor<sup>29</sup>. Para que estemos ante child grooming, es necesario que el sujeto activo planee cometer un delito de abusos o agresiones sexuales (art. 183 CP) o bien un delito de corrupción de menores (art. 189 Código Penal)

En lo relativo al modo de comisión del delito cabe mencionar que este tan solo puede ser llevado a cabo por tecnologías de la información, es decir, que se excluyen todo el resto de tomas de contacto, como por ejemplo el envío de cartas.<sup>30</sup>

Por último, hay que remarcar que la conducta típica, consiste en “contactar” y “proponer contactar” con un menor de dieciséis años para tener un encuentro de carácter sexual a través de internet o cualquier otro tipo de tecnología de la información (TIC), por ello entendemos que el legislador esta penando las actuaciones preparatorias para llegar a mantener contacto sexual con menores.<sup>31</sup> Esto supone un claro intento del legislador por preservar la indemnidad sexual de los menores intactas, pues se están castigando conductas poco lesivas, antes de que puedan desembocar en otras más graves. Bajo mi punto de vista, esta figura jurídica resulta un acierto si la víctima es una persona joven, pues se les ha de proteger de las posibles intromisiones en su sexualidad que se dan en la red.

### 3. Elementos subjetivos

El elemento subjetivo que predomina, al igual que en el resto de delitos contra la indemnidad sexual es el dolo, es decir, que el sujeto activo quiera cometer el delito sabiendo que el sujeto pasivo es menor de dieciséis años. En el caso de que no existiese dolo al no conocer la edad del sujeto pasivo, este delito recibiría el tratamiento de error tipo (artículo 14 CP). Asimismo, hay que señalar que si la víctima fuese mayor de dieciséis años, esta conducta no podría ser castigada, al no estar tipificada en el Código Penal.

---

<sup>29</sup> PANIZO GALENCE, V.: “El ciber-acoso con intención sexual y el child grooming”, 2010 Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses, ISSN 1888-0665, Nº. 15, 2011. Pág. 31

<sup>30</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 15 (2010), pág. 100

<sup>31</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2017, núm. 19-10. Págs. 16-19

#### 4. Pena

Las penas previstas para el child grooming tienen una doble posibilidad, por un lado pueden acarrear pena de prisión de uno a tres años o, por el otro lado, pueden suponer una multa de doce a veinticuatro meses.

### **III.5. Exhibicionismo y provocación sexual (artículo 187 CP)**

Los delitos de exhibicionismo y de provocación sexual buscan evitar que menores o incapaces se vean involucrados en contextos de naturaleza sexual que puedan afectar negativamente a su formación o bienestar.

#### 1. Sujetos

- Sujeto activo: Tal y como hemos analizado previamente, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales son delitos comunes, es decir, que pueden cometerlos cualquier persona, tanto hombre como mujer sin importar su edad, siempre y cuando sea mayor de edad.
- Sujeto pasivo: En lo relativo al sujeto pasivo este tan solo puede ser un menor de edad, ya que estos delitos protegen a los menores de edad para que no se vean inmiscuidos en actos que puedan afectar a su formación sexual. A mi parecer, llama la atención que el legislador haya venido estipulando la mayoría de edad como protección para unas conductas que resultan, indudablemente, poco dañinas para el libre desarrollo de la personalidad de los menores. Además, el proteger a los menores de entre dieciséis y dieciocho años de ver pornografía o de una exhibición obscena cuando estos ya tienen, legalmente, edad para mantener relaciones sexuales resulta del todo descabellado. Con esta tipificación parece que más que proteger la indemnidad sexual de los menores, se está reprimiendo la naturalidad del sexo.

#### 2. Conducta típica

En este tipo de delitos se tipifican dos conductas distintas que afectan al mismo bien jurídico y que causan un desvalor similar en el sujeto pasivo.

Por un lado, se sanciona al que ejecutare o hiciere ejecutar a otras personas actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, siendo necesaria la existencia

de actos explícitos de provocación sexual, por lo que el simple cuerpo desnudo en un contexto no sexual no se englobaría dentro de esta conducta<sup>32</sup>.

Por otro lado, también se sanciona al que por cualquier medio vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico a menores de edad o incapaces.

### 3. Elementos subjetivos

En cuanto al elemento subjetivo, al igual que en el resto de delitos contra la indemnidad sexual, es el dolo. Es decir, que el sujeto activo tiene que tener la intención de cometer el delito sabiendo que el sujeto pasivo es menor de edad.

### 4. Penas

Las penas establecidas para los delitos de exhibicionismo y provocación sexual pueden ser de dos modalidades diferentes. Por un lado, puede acarrear pena de prisión de entre seis meses a un año; o, sancionarse con la imposición de multa de entre doce a veinticuatro meses. Bajo mi punto de vista, castigar penalmente estas conductas es un castigo demasiado duro para los supuestos en los que la víctima es mayor de dieciséis años, pues estamos criminalizando la visualización de pornografía en personas sexualmente capaces; así como el exhibicionismo, que es una conducta no contemplada para sujetos mayores de edad. Por ello, considero que estos delitos deberían bajar necesariamente su ámbito de aplicación para, por lo menos, igualarlo a la edad de consentimiento sexual.

## **III.6. Prostitución de menores (artículo 188 CP)**

Los delitos relativos a la prostitución de menores, persiguen que se obligue a menores de edad a intercambiar relaciones sexuales por dinero, es decir, que es un delito en el cual el sujeto activo obliga a un sujeto pasivo menor de edad a realizar actos sexuales para obtener una contraprestación. Si el sujeto activo emplea violencia para obligar al menor a ejercer la prostitución, se considerará como una conducta agravada respecto al tipo básico.

### 1. Sujetos

- Sujeto activo: El sujeto activo, al estar ante delitos contra la indemnidad y libertad sexuales puede ser cualquier persona, incluso otros menores de edad.

---

<sup>32</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte especial)" *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008. Pág. 380

- Sujeto pasivo: El sujeto pasivo puede responder a cualquier género siempre y cuando sea menor de edad. En este caso, al estar ante una conducta tan deleznable como el obligar a una persona a prostituirse, considero que el legislador actúa correctamente al establecer una protección absoluta a los menores de dieciocho años, ya que así se protege a un mayor número de personas.

## 2. Conductas típicas

La conducta típica del delito de prostitución de menores consiste en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad con el fin de lucrarse. Asimismo, en la nueva redacción del Código Penal también se considera delito el mantener relaciones sexuales con prostitutas menores de edad, lo cual me parece un gran acierto por parte del legislador. Cabe destacar que a día de hoy puede intervenir la violencia como agravante.

## 3. Elementos subjetivos

En los delitos de prostitución, a diferencia del resto de delitos contra la indemnidad sexual, no solo ha de darse el dolo; sino que es necesario que el sujeto activo muestre ánimo de lucro para que lo englobemos en la prostitución<sup>33</sup>. En lo relativo al dolo, el sujeto activo ha de conocer que la víctima es menor de edad, ya que de lo contrario acudiríamos al delito de prostitución de personas mayores de edad.

## 4. Penas

Las penas impuestas a aquellos que favorecen, promueven... la prostitución de menores de edad o de aquellos que pagan los servicios de prostitución de menores, varían en función de las circunstancias del sujeto pasivo, pudiendo distinguirse entre menores de edad y menores de dieciséis y también entre el empleo o no de la violencia. Asimismo, en todo caso, se impondrá pena de prisión y pena de multa debido al ánimo de lucro que contiene esta figura jurídica.

En primer lugar, la pena que se impondrá al autor de la conducta típica básica, es decir, contra menor de dieciocho pero mayor de dieciséis y sin el empleo de la violencia, será de prisión de entre dos y cinco años y la imposición de multa entre doce y veinticuatro meses.

---

<sup>33</sup> VARGAS CABRERA, B.: "El delito de corrupción y la prostitución de menores y discapacitados. Examen del tipo del artículo 189.4 CP". *Revista La Ley*, núm. 4, 2006. Págs. 1805-1806

Por otro lado, para los casos en los que la víctima sea menor de dieciséis años y no se haya empleado la violencia; y, para los casos en los que la víctima sea menor de edad pero mayor de dieciséis años y sí se haya empleado la violencia; la pena de prisión se impondrá entre los cuatro y los ocho años y la multa entre doce y veinticuatro meses.

Por último, para el caso más grave, cuando la víctima es menor de dieciséis años y se emplea la violencia la prisión se fijará entre los cinco y los diez años, además de la misma multa que en los casos anteriores.

### **III. 7. Delitos de corrupción de menores (artículo 189 CP)**

#### 1. Sujetos

- Sujeto activo: El sujeto activo, al estar ante delitos contra la indemnidad y libertad sexuales puede ser cualquier persona, incluso otros menores de edad.
- Sujeto pasivo: El sujeto pasivo puede responder a cualquier género y ser incluso pareja o cónyuge del sujeto activo<sup>34</sup>. En este caso, la protección también se aplica hasta los dieciocho años, lo que nos da pistas acerca de la forma de pensar del legislador, quien tipifica penalmente la producción de pornografía o la aparición en espectáculos pornográficos de personas que pueden poseer capacidad sexual plena, lo cual resulta confuso, pues parece que más que la indemnidad del menor se está protegiendo otros bienes jurídicos, como puede ser la moral.

#### 2. Conductas típicas

En estos delitos se persigue tanto captar a menores para hacerles participar en espectáculos pornográficos, como producir, vender, distribuir, exhibir u ofrecer material pornográfico en el que aparezcan menores de edad. Además, este artículo también persigue la asistencia a espectáculos pornográficos a sabiendas de que en ellos actúan menores y la tenencia de pornografía para uso personal en la que aparezcan menores o el visionado de esta mediante internet.

En este artículo, es necesario pararse para realizar ciertas anotaciones. En primer lugar, el legislador, en el apartado “c” del artículo 189.1 establece que se considerará como pornografía infantil:

---

<sup>34</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de corrupción de menores”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1999.

*“Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.”*

De este artículo, creo conveniente tratar de definir qué es la pornografía real, la simulada y el concepto de personas que parecen menores, pues el legislador no lo hace y resulta necesario.

En primer lugar, la pornografía real se considera a aquella representación visual y real de una persona desarrollando actividades sexuales explícitas; es decir, en donde aparezca contacto sexual (incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal), brutalidad, masturbación, desarrollo de conductas sádicas o masoquistas o exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de una persona<sup>35</sup>.

Por su parte, la pornografía simulada consiste en la aparición de menores en escenas de contenido sexual real sin que estos lleguen a realizar realmente ningún acto de carácter sexual.

En el caso de personas que parecen menores, es un concepto llamado “pornografía técnica”, la cual puede definirse como aquel material que se integra por imágenes en las que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual<sup>36</sup>. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores, haciéndose pasar por ello, pero sin serlo realmente; es decir, casos de personas mayores de edad que aparentan ser menores y se visten como niños. Resulta curioso que en un principio se sancione la pornografía con personas que aparentan ser menores, ya que después habrá que demostrar que no lo eran, por lo tanto se está prejuzgando una situación que puede no ser ni siquiera legalmente reprochable.

Por otro lado, también es destacable la redacción del artículo 189.1.d del Código Penal, en el que se estipula que se sancionarán:

---

<sup>35</sup>Véase "Informe Preparatorio de la Convención sobre delincuencia en la red" (Explanatory Report of Convention on Cybercrime), del Consejo de Europa, adoptado el 8 de noviembre de 2001

<sup>36</sup>ZÁRATE CONDE, A. (coord.): Derecho Penal Parte Especial. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal. 2ª Ed. Editorial universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018. Pág. 208

*“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.”*

Este es un concepto que merece que se examine, ya que lo que se está pensando es la superposición de imágenes de menores sobre obras pornográficas reales, esto es, coger la cara de un menor y ponerla digitalmente sobre la cara de un actor o actriz pornográfica<sup>37</sup>. ¿Acaso esto influye en el libre desarrollo de la personalidad de un menor? ¿Es tan grave como producir pornografía real en la que sí aparecen niños? Tengo serias dudas de si esta conducta debería englobarse en este apartado, ya que parece que lo que en realidad se está protegiendo no es al menor y su libre desarrollo, sino la moralidad sexual, concepto ya pasado de época.

### 3. Elementos subjetivos

El elemento subjetivo que ha de darse para englobar una conducta como corrupción de menores es el dolo, pues si el sujeto activo no conoce la edad de la víctima, se incurriría en un error de tipo (artículo 14 CP).

### 4. Penas.

Por último, las penas para los delitos de corrupción de menores diferencian en la redacción del Código Penal de 2015 entre si la conducta se realiza contra menores de edad pero mayores de dieciséis años o contra menores de dieciséis años.

Para el primer caso la pena será de prisión entre uno y cinco años y para el segundo caso la prisión aumentará hasta situarse entre los cinco y los nueve años.

## **III.8. Aspectos destacables de la regulación actual sobre indemnidad sexual**

Una vez analizada la regulación actual sobre la indemnidad sexual en el Código Penal, creo que es necesario sacar ciertas conclusiones y resaltar los aspectos más llamativos de la regulación actual.

El aspecto más llamativo de esta regulación es, sin duda, la fijación de una edad de consentimiento tal alta; pues situarla en los dieciséis años ha supuesto un gran cambio en la regulación penal española. De hecho, este gran cambio ha obligado al legislador a crear

---

<sup>37</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P. “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”. *Cuadernos penales José María Lidón*. N° 12 (2016), págs. 300-302

el artículo 183 quarter con el fin de que los jóvenes puedan mantener relaciones sexuales entre ellos dentro de la legalidad, lo cual parece algo forzado.

Por otro lado, también es destacable que a pesar de la existencia de la figura de la edad de consentimiento, el legislador opte por establecer la mayoría de edad como barrera de protección frente a muchos delitos contra la indemnidad sexual. ¿Por qué se establecen los dieciséis años para ciertos delitos y los dieciocho para el resto? ¿Es más grave la venta de pornografía que una agresión sexual? Bajo mi punto de vista, es un sinsentido que se haga esta distinción, y más, cuando la gravedad de los delitos no es acorde a la edad que fija el Código Penal para la protección de los diferentes delitos.

Asimismo, la tipificación de varias conductas poco lesivas para la indemnidad sexual, como los delitos de provocación sexual o exhibicionismo, nos hace preguntarnos si el legislador no estará protegiendo otros bienes jurídicos como la moralidad, en vez de la propia indemnidad sexual de los menores.

#### **IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON LA INDEMNIDAD SEXUAL PENAL**

En este apartado del trabajo analizaremos las diferentes modificaciones que se han llevado a cabo en los delitos relativos a la indemnidad sexual de los menores y cómo se han visto afectados los tipos y las penas. Esto nos ayudará a ver el proceso de formación de la regulación actual. Este apartado tomará en cuenta las regulaciones siguientes:

##### **IV.1. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

El Código Penal de 1995 supuso la primera regulación penal adecuada al Estado social y democrático de derecho en el que se constituyó España tras la instauración de la Constitución. En su redacción, se puso de manifiesto que había que adecuar figuras delictuales a los tiempos más modernos. Por ello, en su exposición de motivos quinta se incluyó la regulación de los delitos contra la libertad sexual, dejando de lado la arcaica figura de la honestidad de la mujer. Este fue, sin duda, el primer paso hacia una codificación más inclusiva tanto para mujeres como para menores e incapaces, pues si bien este Código no incluía el término de indemnidad sexual sí que se brindó una especial

protección a los menores tal y como veremos ahora. Resulta destacable que el legislador partiese de los doce años como límite para fijar la edad de consentimiento sexual, que bajo mi punto de vista, era demasiado temprana. Además, la redacción de este Código Penal sentó las bases de muchos de los delitos que aún se persiguen a día de hoy en materia de indemnidad sexual, como los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

En lo relativo a los abusos sexuales, llama la atención que la redacción de 1995, no distinguiese entre libertad e indemnidad sexual. Sin embargo, sí que protegía de manera más estricta a los menores de doce años, pues en su artículo 181.2 estableció que se considerarían como abusos sexuales no consentidos, todas las conductas realizadas contra menores de doce años; es decir, estableció una suerte de indemnidad sexual sin llegar a serlo formalmente. Además, en este caso se impondría una pena muy superior a la genérica, siendo de entre 6 meses a dos años de prisión, en contraparte a la genérica que sería una pena de multa de entre 12 y 24 meses. En el caso de los abusos sexuales agravados por penetración, se tipificó en el artículo 182.2 que la pena se impondría en su mitad superior cuando la víctima fuese especialmente vulnerable por razón de su edad, es decir, que también se protegió de manera especial a los menores de doce años. Por último, también se estableció una protección especial, aunque no tan severa, para los menores de entre doce y dieciséis años en los casos en los que los abusos sexuales hubieran sido consecuencia de un engaño, la pena se estableció en una multa de entre 12 y 24 meses para los abusos genéricos y aumentaba hasta llegar a una pena de prisión de entre 6 meses y 3 años en los casos en los que hubiese habido penetración.

En lo concerniente a las agresiones sexuales, es muy llamativo que no se estableciese una barrera de edad concreta para separar las agresiones a personas con capacidad sexual de las que no la tienen. Sin embargo, al igual que en el caso de los abusos sí que se brinda especial protección a personas “especialmente vulnerables por su edad”, esto quedó tipificado en el artículo 180.3, según el cual las penas aumentan desde los 1 a 4 años hasta los 4 a 10 años de prisión en las agresiones sexuales genéricas y desde los 6 a doce años hasta los doce a quince años de prisión para las agresiones cualificadas por penetración.

Por su parte, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual sí que asentaron la idea, aun hoy vigente, de que ha de protegerse a los menores de edad contra cualquier acto que impida o entorpezca su desarrollo sexual. Es por ello, que ambos castigaban con la pena de entre tres a diez meses de multa a los autores de dichos delitos. Esta manera

de enfocar la sexualidad, como ya he mencionado antes, no me parece del todo correcta; pues a pesar de que sí considero que hay que proteger a las personas que no son sexualmente capaces, y más aún en esta redacción donde se partía de los doce años; no creo que a partir de los quince o dieciséis años se deba proteger a un menor de estas conductas, ni mucho menos que sea necesario castigarlas penalmente.

La prostitución de menores también se encontraba incluida en el Código Penal de 1995. Esta, se definía como aquella prostitución que afectaba a menores de edad, y en ella se establecían penas tanto de prisión como de multa de forma simultánea. Esto era debido al ánimo de lucro que es necesario para cometer estos delitos. Así pues, las penas recogidas en el artículo 187 iban de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último, este Código Penal también tipificaba en su artículo 189 la utilización de menores de edad en espectáculos sexuales, estableciendo una pena de entre uno a tres años de prisión.

#### **IV.2. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.**

La reforma que se articuló gracias a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril fue de especial importancia y calado para los delitos de índole sexual, pues se introdujo la figura de la indemnidad sexual, aumentando la edad de consentimiento sexual de los doce a los trece años<sup>38</sup>. Además se endurecieron las penas de muchos delitos, ya que se quería “*garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces*”.

Por ello, se creyó necesario reformar el Título VIII del Libro II del Código Penal, con el fin de tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y, con las circunstancias concurrentes. En esta nueva redacción, se reintrodujo el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución del Código de 1995. Asimismo, se ampliaron las conductas reprochables de naturaleza pornográfica

---

<sup>38</sup> Véase ejemplos: CP (1999): Arts. 181 y 182

y; se revisó el sistema de penas, rechazando aquellas que fuesen simplemente pecuniarias por entender que no respondían al principio de proporcionalidad debido al desvalor de la acción cometida.

Las directrices que siguió el legislador a la hora de redactar esta reforma del Código Penal fueron las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Además, también se introdujo lo decidido en el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del 29 de noviembre de 1996, sobre *“una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.”* En este sentido, se apreció que España no cumplía con las normas europeas ni en la tipificación de las conductas ni en la correcta protección de los bienes jurídicos; pues no se tenían en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad al carecer de la necesaria formación, no podía ser considerada como libre.

Por último, esta reforma armonizó la legislación española con la europea y estipuló que en los delitos sexuales relativos a menores, los plazos de prescripción no empezasen a correr hasta el día en que la víctima alcance su mayoría de edad.

En lo relativo a los abusos sexuales, la principal novedad, tal y como hemos señalado anteriormente, fue la elevación de la edad de consentimiento a los trece años, esto podía ver con claridad en la redacción del artículo 181.2, en el que se recogía que todo acto de carácter sexual contra un menor de trece años sería considerado como un abuso sexual no consentido<sup>39</sup>. Además, en esta redacción del Código Penal se elevó la pena por cometer abusos sobre menores, estableciéndose en una pena de prisión de entre uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Por otro lado, en los casos en

---

<sup>39</sup> LÓPEZ, F. (1997). Abuso sexual: un problema desconocido. En J. Casado, J.A. Díaz y C. Martínez (Eds.): Niños maltratados. Madrid. Díaz de Santos, pág. 164

los que el abuso estuviese agravado por penetración, la pena se estableció en prisión de siete a diez años. Asimismo, el Código mantuvo la protección relativa a los menores de dieciséis en los casos en los que el abuso sexual se hubiese cometido mediante engaño, esto se recogía en el artículo 183.1, donde se señaló que la pena aumentaría hasta establecerse en prisión de entre uno y dos años, salvo que se hubiese visto agravado por penetración, en cuyo caso, la pena se volvió muy severa en comparación con la regulación anterior y pasó a establecerse en prisión de entre dos y seis años. Por último, se dio una novedad importante en los casos de abusos cometidos con engaño, concretamente cuando este se hubiese cometido contra menor de trece años y fuese agravado por penetración, en estos casos la prisión aumentó hasta una pena de entre cuatro y seis años.

*“2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de 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. o la 4. de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”*

En lo relativo a las agresiones sexuales a menores de trece años, lo más llamativo en comparación con la regulación anterior, fue la inclusión de la edad de consentimiento, fijada en los trece años. Sin embargo, las penas no sufrieron variación con respecto a la regulación anterior, manteniéndose tanto para las agresiones genéricas como para las cualificadas.

Por su parte, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual mantuvieron la idea de proteger a los menores de edad contra cualquier acto que impidiese o entorpeciese su desarrollo sexual. En esta nueva regulación, se endurecieron las penas, pudiendo imponerse una nueva pena consistente en prisión de entre seis meses a un año o el pago de una multa de entre seis y doce meses, es decir, doblando el límite inferior de la pena de multa de la regulación anterior y aumentando en dos meses el límite máximo.

La prostitución de menores, que en teoría era el principal problema contra el que se pretendía luchar, apenas sufrió cambios respecto a la redacción del Código Penal de 1995, pues las penas se mantuvieron constantes. El único cambio mínimamente relevante fue la inclusión de la violencia en la realización de la acción, la cual hace que las penas se impongan en su mitad superior. Sin duda, esta reforma no fue suficiente y menos aún tras la argumentación de la exposición de motivos de esta nueva regulación, en la cual se hizo creer que las penas contra la prostitución infantil iban a aumentar.

Por último, la utilización de menores en espectáculos sexuales se mantuvo constante. Sin embargo, el artículo 189 del Código Penal, tipificó una gran variedad de acciones que antes no estaban contempladas sobre la pornografía infantil, concretamente pasaron a tipificarse las siguientes conductas:

Art. 189.1.b): *“El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.”*

Art. 189.3: *“El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.”*

En el caso de esas conductas recogidas en el artículo 189.1.b las penas se equipararon a las reguladas acerca de la utilización de menores en espectáculos pornográficos, es decir, prisión de entre uno y tres años.

### **IV.3. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre fue una ley muy innovadora en el ámbito de los delitos sexuales, pues fue aquí donde se introdujo la nueva redacción acerca de la penetración, ya que antes de esta redacción no se apreciaba la introducción de miembros corporales como delito de violación entre otros, tras esta reforma, la figura del abuso o agresión agravados por penetración pasa a ser la siguiente:

*“acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.”*

Esto supuso un gran avance y la regulación se dio después de que varias sentencias controvertidas suscitaran el enfado de la población, en concreto, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias en las que entendían que los miembros corporales no eran asimilables a “objetos” por no ser inertes, de hecho, el alto tribunal desestimó condenar por violación

dos casos en los que diferentes mujeres que habían sufrido penetraciones digitales por vía vaginal<sup>40</sup> y otra en la que la víctima sufrió una penetración lingual.<sup>41</sup>

Sin embargo, si bien la nueva redacción del tipo anterior supuso un gran avance, la reforma de 2003 fue más bien escasa en cuanto a contenido, modificando pocas conductas.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre en su exposición de motivos tercera destacaba las modificaciones de los delitos correspondientes a la corrupción de menores, endureciendo las penas e introduciendo nuevos tipos como la posesión para el uso propio de la pornografía en la que se hayan empleado a menores o incapaces.

La nueva redacción de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual recoge en su disposición sexagésimo séptima y sexagésimo octava la modificación de los artículos 185 y 186, los cuales pasan a aumentar la pena de multa al doble, pasando de ser de entre seis a doce meses a serlo de entre doce a veinticuatro meses.

Asimismo, en esta nueva redacción se modificaron los delitos relativos a la pornografía infantil, aumentando las penas de prisión hasta establecerse en penas de prisión de entre uno y cuatro años para las conductas reguladas en el artículo 189.1 del Código Penal.

*“El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.”*

Además, la nueva redacción pasó a tipificar nuevas conductas que antes no estaban penadas como la recogida en el artículo 189.2 a saber:

*“El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.”*

Junto a lo anterior, la nueva redacción estableció penas muy severas en los casos en los que para la elaboración de material pornográfico se hubiesen utilizado a

---

<sup>40</sup> Véase Sentencia nº 1728/1999, de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 5 de Abril de 2000.

<sup>41</sup> Véase Sentencia nº 1214/2002 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de Julio de 2002

menores de trece años o cuando los menores o incapacitados empleados sufran de violencia física durante las escenas sexuales. Estas penas iban desde los cuatro a los ocho años de prisión.

Por último, esta reforma recogió en su artículo 189.7 una tipificación muy novedosa y con un fundamento, desde mi punto de vista, poco lesivo, pues se estipula que:

*“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”*

Es decir, que aun cuando un menor ni sufre abusos físicos ni se ve inmiscuido en un comportamiento sexual que afecte a su evolución sexual, se pena una conducta realizada íntegramente por ordenador, cosa que fue muy novedosa en la regulación española.

#### **IV.4. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio fue una reforma muy profunda en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de hecho, se procedió a la incorporación, del Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». En esta reforma se endurecen las penas en la mayoría de los delitos tipificados hasta la fecha, además de incorporar conductas nuevas.

La reforma del 2010, recogía en su exposición de motivos decimotercera las razones que llevaron al legislador a realizar una nueva redacción sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En este ámbito, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, se mencionó la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. En este aspecto, el legislador consideró indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiriría una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Según la

Decisión Marco, esta clase de delitos no solo lesionaban la propia indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

Asimismo, esta reforma fue la que introdujo la figura del “child grooming”, pues la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación evidenció la necesidad de protección de personas especialmente vulnerables contra actos con fines sexuales cometidos por sujetos mayores de edad que tratan de concertar encuentros con menores para obtener concesiones de índole sexual<sup>42</sup>. Por ello, se introdujo el artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado “child grooming”, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño<sup>43</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco estableció la necesidad de tipificar nuevas conductas como la de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos (artículo 189.1), la conducta de lucrarse con espectáculos pornográficos en los que participan menores o incapaces (artículo 189.1.a) o la de poseer material pornográfico en el que se hayan empleado menores o incapaces para uso propio (artículo 189.2)

Por último, en relación al delito de prostitución, se incorporó en el artículo 187.1 la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

En lo relativo a los abusos sexuales sobre menores de trece años, las penas sufrieron un gran aumento, pues según el artículo 183.1 se castigan los abusos sexuales sobre menores de trece años con la pena de prisión de dos a seis años, esto supuso aumentar el límite inferior en un año y el máximo en 3, lo que es bastante considerable. Además, en los casos en los que el abuso consistiere en penetración, la pena de prisión iría desde los ocho hasta los doce años (artículo 183.3), esto también supuso un aumento significativo de las penas, pues en la regulación anterior se establecía prisión desde los

---

<sup>42</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”. *Estudios penales y criminológicos* Vol. 34, 2014. Pág. 658

<sup>43</sup> ORTEGA BALANZA, M.: “Amistades peligrosas: el delito de child grooming”, *Revista La Ley*. 2014. Pág. 7

siete a los diez años. Asimismo, cabe mencionar, que la reforma de 2010 supuso la eliminación de la figura de los abusos a menores valiéndose del engaño, que antes sí estaba regulada en el Código Penal.

Las agresiones sexuales a menores de trece años, reguladas en el artículo 183.2 del Código Penal, también sufrieron modificaciones respecto a las penas, estableciendo el límite inferior en cinco años de prisión y manteniendo el superior en diez. Sin embargo, las agresiones cualificadas por penetración no se vieron alteradas.

Cabe señalar, que la nueva redacción estableció una protección especial cuando las conductas se realizasen sobre menores de cuatro años, estableciendo tanto para abusos como para agresiones sexuales sobre menores de trece años la imposición de la pena en su mitad superior.

Tal y como hemos recogido cuando hacíamos referencia a la exposición de motivos, esta redacción introdujo en su artículo 183 bis la figura del “child grooming”, la cual se regula de la siguiente manera:

*“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”*

De esta redacción podemos apreciar como lo que se estaba penando eran actos preparatorios de un sujeto para poder abusar o agredir sexualmente a un menor, es decir, lo que se penaba es la intención de hacerlo. Por ello, la pena resultaba muy inferior a la que se imponía en los casos de abusos o agresiones sexuales totalmente ejecutadas.

Los delitos relativos al exhibicionismo o provocación sexuales no sufrieron cambios en esta nueva redacción.

Por otro lado, los delitos relativos a la prostitución de menores recogidos en el artículo 187 estuvieron sin ser modificados más de diez años, por ello no debe extrañarnos que esta redacción añadiera conductas nuevas y aumentase las penas de las acciones. Como hemos mencionado con anterioridad, se incluyó en el artículo 187.1 la figura del

cliente de prostitución con menores de edad, que al igual que al proxeneta se le impuso una pena de entre uno y cinco años de prisión y una multa de entre doce y veinticuatro meses, salvo que la víctima fuese menor de trece años, en cuyo caso la pena iría de los cuatro a los seis años de prisión. Asimismo, en el caso de personas que favorecen o promueven la prostitución de menores mediante violencia o intimidación, el artículo 188.2 estableció que serían penados con entre cuatro y seis años de prisión, salvo si la víctima fuese menor de trece años, en cuyo caso la pena aumentaría hasta situarse entre los cinco y los diez años de prisión. De todo esto desprendemos que se dio una protección general para los menores de edad y una protección más específica para los menores de trece años.

Por último, en los delitos de corrupción de menores regulados en el artículo 189 del Código Penal, la traslación de la Decisión Marco estableció la necesidad de tipificar nuevas conductas como la de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos (artículo 189.1) o la conducta de lucrarse con espectáculos pornográficos en los que participan menores o incapaces (artículo 189.1.a). Además, también se estableció una protección especial cuando las conductas se ejecutaren sobre menores de trece años. Con todo ello, las penas aumentaron en su límite superior para los delitos del apartado 1 del artículo 189 estableciéndose en 5 años de prisión, mientras que la tenencia para uso propio de pornografía infantil se castiga con prisión de entre tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

#### **IV.5. Regulación del Código Penal en materia de indemnidad sexual tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.**

A raíz de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo, debemos destacar como ha afectado esta nueva redacción a los tipos contenidos en el Código Penal en lo relativo a la indemnidad sexual.

En primer lugar, cabe señalar cuales fueron los motivos que llevaron al legislador a realizar esta nueva redacción. Tal y como la exposición de motivos del nuevo Código Penal manifiesta en su motivo XII, la introducción de modificaciones en lo referente a los *“delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI*

*del Consejo.*” El fin de estas modificaciones, tal y como se expone en la nueva redacción del Código Penal es el endurecimiento de las penas en la lucha contra el contacto sexual con menores y la lucha contra la pornografía infantil.

Los motivos que llevaron al legislador a realizar esta nueva redacción del Código Penal en los aspectos relacionados con la libertad e indemnidad sexuales se recogen en la exposición de motivos XII. En esta nueva redacción se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La nueva Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de abusos sexuales, explotación sexual de menores y la pornografía infantil, ya que se consideran como graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esta reforma estableció como novedad más importante, la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años, aumentándose considerablemente, pues hasta esta regulación se encontraba en los trece años. El legislador consideró que esta edad era muy inferior a la de los restantes países europeos, donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual para adecuarse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión.

Asimismo, el legislador presta especial importancia a la pornografía infantil, pues se recoge una definición legal más amplia tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca

no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

Por último, si bien la reforma fue de vital trascendencia, principalmente, debido al aumento de la edad de consentimiento, en lo relativo a las penas, la gran mayoría de los delitos las han mantenido, aumentándose tan solo para los delitos de prostitución de menores, las cuales se han aumentado tanto en su tipo básico, aumentando el límite inferior de uno a dos años de prisión, como cuando se emplea violencia contra menor de edad o la víctima es menor de la edad de consentimiento sexual, aumentando el límite superior de los seis a los ocho años.

## **V. CONCLUSIONES**

Tal y como habíamos previsto al principio de este trabajo, hemos llegado a la conclusión de que las modificaciones que el legislador ha llevado a cabo en el Código Penal sobre la indemnidad sexual cada vez son más punitivistas, tanto desde el punto de vista de las penas como del de los delitos que se regulan. Bajo mi punto de vista, la nueva regulación acerca de los delitos contra la indemnidad sexual, resulta demasiado exagerada en lo relativo a la edad de consentimiento sexual, pues da la impresión que más que proteger a los menores frente a posibles agresiones se está criminalizando el sexo entre ellos.

Como hemos visto, gran parte de esta nueva regulación sobre la edad del consentimiento viene influenciada por la legislación europea, pues las reformas de 1999, 2010 y 2015 han estado basadas en Directivas o Decisiones Marco de Europa. En este aspecto la elevación de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años supone una grave alteración de lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia española venía defendiendo desde el siglo XX. Puede resultar comprensible que se quisiera aumentar la edad de los trece años por parecer demasiado prematura, especialmente tras apreciar ese afán armonizador del legislador español, pero de ahí a aumentarla hasta los dieciséis años, situándonos como el tercer país con la edad de consentimiento más alta de todo Europa resulta realmente extraño, pues da la sensación de que lo que se pretende con esto es criminalizar la tenencia de relaciones sexuales entre jóvenes, dando lugar a una sobreprotección. Asimismo, esta nueva regulación afecta de forma negativa a una

sociedad en la que, como hemos visto, más de la mitad de los jóvenes inician sus relaciones sexuales dos o tres años antes de lo que el legislador entiende por “normal”. Por todo ello, considero que estamos ante una regulación sobre la edad del consentimiento demasiado gravosa que no va sino a perjudicar el normal desarrollo sexual de los menores, que bajo una actitud sexual sana y positiva pretendan disfrutar del sexo.

Por otro lado, también resulta remarcable la serie de sinsentidos que la regulación española ha sufrido a lo largo de su historia que a día de hoy siguen sin haberse subsanado. En primer lugar, no resulta coherente que conductas tales como la venta de pornografía a menores de edad resulta penada, pues se está prohibiendo disfrutar de contenido sexual a personas, que según el legislador pueden disfrutar de relaciones sexuales de manera legal por entender que son lo suficientemente maduros. Entonces, si son lo suficientemente maduros para mantener relaciones sexuales consentidas, ¿cómo es posible que no lo sean para consumir pornografía? Además, estas conductas no es que estén penadas administrativamente, sino que llevan aparejadas posibles penas de prisión, que si bien de duración escasa no dejan de ser sentencias penales contra personas que facilitan pornografía a personas sexualmente capaces.

Sin embargo, no toda la regulación es negativa, ni mucho menos, pues tenemos que alabar ciertas redacciones de tipos penales, como la de mantener el delito de prostitución infantil hasta que la víctima cumple dieciocho años, pues así se criminaliza aún más una conducta tan dolosa y perjudicial para los jóvenes. Además, que se establezca una pena mayor para casos en los que las víctimas están por debajo de la edad del consentimiento sexual es algo que también refuerza la protección de los menores y criminaliza aún más estas conductas. Además, también ha de aplaudirse la coherencia con la que el legislador español ha sabido adaptarse a los cambios que la sociedad demandaba. Por un lado, la reforma de 2003 supuso un gran avance en lo relativo al orden social, pues la sociedad había hecho patente su enfado con determinadas sentencias que consideraban que hechos que hoy entendemos como aberrantes no obtuvieran el castigo que se merecían, por ello, la redacción acerca de las conductas que constituían violaciones fue acertada. Por otro lado, la introducción de la figura del child grooming en la reforma de 2010, fue también muy acertada, pues la criminalidad había hallado nuevos caminos para acceder a menores e incapaces que no estaban regulados, por ello, la rápida actuación del legislador para adecuar la regulación y así proteger a las personas más indefensas de la sociedad es de aplaudir.

En definitiva, a pesar de la existencia de ciertos aspectos positivos en la regulación en materia de indemnidad sexual, consideramos que hemos llegado a un punto en el que la regulación española se ha extralimitado, ya que se está sobreprotegiendo al menor, aumentando la edad de consentimiento sexual demasiado y tipificando una serie de conductas que a priori no parece que tengan sentido ni que resulten gravosas para el normal desarrollo sexual de los menores.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2017, núm. 19-10. Págs. (1-28).

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6 (2000), págs. (69-101).

GARCÍA ÁLVAREZ, P. “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la Lo 1/2015, de 30 de marzo”. Cuadernos penales José María Lidón. Nº 12 (2016), págs. (261-319). Bilbao Universidad de Deusto.

GÓMEZ TOMILLO, M.: “Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005), págs. (1-35).

HUETE NOGUERAS, J.J.: “Principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abuso sexuales”, 2015. Págs. (1-17) Descargado de: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8)

LÓPEZ, F. (1997). Abuso sexual: un problema desconocido. En J. Casado, J.A. Díaz y C. Martínez (Eds.): Niños maltratados. Madrid. Díaz de Santos, págs. (161-168).

MONGE FERNÁNDEZ, A.: “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 15 (2010), págs. (85-103).

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ORTEGA BALANZA, M.: “Amistades peligrosas: el delito de child grooming”, *Revista La Ley* 2014. Págs. (1-9.).

PANIZO GALENCE, V.: “El ciber-acoso con intención sexual y el child grooming”, 2010 *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, ISSN 1888-0665, Nº. 15, 2011. Págs. (22-33).

PULIDO RODRÍGUEZ, C.: “Prevención de abusos sexuales a menores en Internet: Acciones preventivas online” 2010. Universidad de Barcelona.

RAGUÉS i VALLÉS, R., SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3º Ed., Atelier, Barcelona, 2011.

RAMÍREZ, M.C.: “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. *Política Criminal* nº 3, 2007. Págs. (1-13).

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.:”Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte especial)” *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008. Págs. (375-389).

ROPERO CARRASCO, J.: “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550. Págs. (225-300).

SALAT PAISAL, M.: “Las consecuencias sancionadoras aplicables a los delincuentes sexuales tras las últimas reformas legislativas”, *Estados penales y criminológicos*, vol. XXXVI (2016). Págs. (281-346).

TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de corrupción de menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1999.

VARGAS CABRERA, B.: “El delito de corrupción y la prostitución de menores y discapacitados. Examen del tipo del artículo 189.4 CP”. *Revista La Ley*, núm. 4, 2006. Págs. (1798-1817).

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”. *Estudios penales y criminológicos*” Vol. 34, 2014. Págs. (639-712).

ZÁRATE CONDE, A. (coord.): *Derecho Penal Parte Especial. Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*. 2ª Ed. Editorial universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018. Págs. (208-220).