



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

Algunas cuestiones problemáticas derivadas de la  
reforma penal de 2015 en materia de delitos sexuales

Autor:

Ana Castillo Rivas

Director:

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho

Curso 2015/2016

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.....	5
1.	Análisis del artículo 183 CP.....	7
1.1	Problemática relacionada con el pronóstico de tratamiento de la vejación injusta de carácter leve.....	10
2.	Análisis del artículo 183 bis CP.....	14
2.1	Problemática relacionada con la delimitación de la modalidad comisiva del artículo 183.1 CP y artículo 185 CP.....	15
3.	Análisis del artículo 183 ter CP.....	17
3.1	Problemática relacionada con el sujeto activo.....	22
3.2	Problemática relacionada con la cláusula concursal.....	23
3.3	Otras modificaciones.....	24
4.	Análisis del artículo 183 quater CP.....	24
4.1	Problemática relacionada con la discrecionalidad del precepto.....	28
5.	El error.....	30
III.	DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MAYORES DE DIECISÉIS AÑOS.....	32
1.	Análisis del artículo 182 CP.....	32
1.1	Problemática del régimen aplicable a menores de edad pero mayores de dieciséis años.....	32
IV.	CONCLUSIONES.....	33
V.	ANEXOS.....	36
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	38

## **ABREVIATURAS**

CC: Código Civil

CP: Código Penal

LO: Ley Orgánica

MF: Ministerio Fiscal

ONG: Organización no gubernamental

ONU: Organización de las Naciones Unidas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TIC: Tecnología de la Información y la Comunicación

UE: Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo consiste en el estudio de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años –concretamente, del CAPITULO II BIS del CP– y de la regulación de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciocho años pero mayores de dieciséis –CAPITULO II–, teniendo como principal punto de referencia la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>1</sup>.

En primer lugar, comenzaremos con el análisis de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y las situaciones en las que entra en juego la aplicación de los diferentes artículos que recoge el CAPÍTULO II BIS. Posteriormente, en relación con las cuestiones problemáticas derivadas de la reforma de 2015, realizaré con mayor detenimiento el análisis de cada uno de los artículos con su posible problemática.

El análisis de los artículos mencionados tiene lugar como consecuencia del aumento de la edad para consentir en el ámbito sexual y de la evolución de la tecnología y de los medios de comunicación, que ha provocado que el riesgo inherente al uso inadecuado de tales haya aumentado de manera considerable, siendo los menores los más perjudicados<sup>2</sup>. Por consiguiente, la existencia de un potencial riesgo hacia los menores, que pueda provocar consecuencias perjudiciales y devastadoras, ha permitido que el legislador español haya llevado a cabo una reforma para conseguir una protección más eficaz de los mismos.

Por lo tanto, la considerable expansión de las redes sociales y su uso supone un punto de inflexión que debe ser vigilado y tenido en cuenta, ya que actualmente más del 70 %<sup>3</sup> de los menores de edad tienen presencia en las redes sociales, que se caracterizan

---

<sup>1</sup> 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. Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.).

<sup>2</sup> El Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) en un estudio elaborado en 2009 manifiesta el incremento de la presencia de menores en Internet, concretamente en redes sociales. Además, numerosos niños, niñas y adultos reconocían que el chat con personas desconocidas era una situación que se producía frecuentemente. En la actualidad, que ha pasado a denominarse el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) observa una situación similar, a pesar de las medidas que se han adoptado para detectar a delincuentes sexuales. Véase <http://www.pantallasamigas.net/estudios-realizados/pdf/inteco-estudio-uso-seguro-tic-menores.pdf>. Fecha: 27/02/2016.

<sup>3</sup> El estudio de BRINGUÉ, Xavier y SÁDABA, Charo: “*La generación interactiva en España, Niños y adolescentes ante las pantallas*” de 2009, muestra que el 70% de los usuarios de Internet entre los 10 y los 18 años tienen, al menos, un perfil en una red social, evidenciándose en la actualidad un porcentaje bastante superior. De igual manera, muestra como un 97% de escolares entre 10 y 18 años tiene PC y el

por ser un lugar idóneo en el que actúan los delincuentes sexuales gracias a la oportunidad que les proporciona Internet de ocultar su verdadera identidad.

Es por ello, que se han adoptado una serie de medidas, entre las cuales podemos destacar como fundamental la elevación de la citada edad para prestar consentimiento en la realización de actos sexuales, que ha pasado de 13 años a 16 años. La justificación de estas medidas reside en la obtención de la protección y los cuidados necesarios de los menores, tal y como se establecen en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es notoria la influencia de la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011 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. En ella, se manifiesta la importancia del *child grooming*, considerándolo como una de las formas más graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores porque «el embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad»<sup>4</sup>.

Como el objeto de análisis se circunscribe al estudio de la problemática derivada de la reforma penal de 2015, voy a proceder a realizar una comparación entre la regulación anterior y la regulación vigente comenzando por el artículo 183 CP.

## **II. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS**

La ubicación sistemática de los artículos objeto de análisis dentro del TÍTULO VIII «*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*» y del CAPÍTULO II BIS «*De*

---

82% de los mismos tiene conexión a Internet, mientras que un 95% de escolares entre 6 y 9 años tiene PC y un 71% de los mismos tiene conexión a Internet. Véase <http://docplayer.es/3602245-La-generacion-interactiva-en-espana-la-generacion-interactiva-en-espana-ninos-y-adolescentes-ante-las-pantallas-resumen-ejecutivo.html> Fecha: 27/02/2016.

<sup>4</sup> Punto (19) de la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Publicada en el Diario Oficial de la UE el 17 de diciembre de 2011.

*los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*<sup>5</sup> permite determinar que el bien jurídico protegido<sup>6</sup> de tales preceptos es la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años.

Como se acaba de señalar, el bien jurídico protegido se identifica con la indemnidad sexual, ya que en la libertad sexual<sup>7</sup> se hace referencia a una capacidad de autodeterminación sexual que se cuestiona de cara a los menores de dieciséis años y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Podemos hablar de una libertad sexual limitada al protegerse determinados aspectos de la misma, pudiendo destacar la libertad sexual negativa en relación con el rechazo a una determinada relación sexual o incluso, una libertad sexual positiva cuando la relación sexual es mantenida entre personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez –artículo 183 quater CP–<sup>8</sup>. Es por ello, que se considera más correcto el uso de indemnidad sexual o intangibilidad sexual –que son conceptos procedentes de la doctrina italiana que han sido acogidos por la doctrina española–.

La indemnidad sexual es entendida como el derecho a no verse involucrado activa o pasivamente en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado y además, prestando atención a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por consiguiente, la protección de menores y personas discapacitadas se orienta a evitar que la realización de ciertas actuaciones de carácter sexual incidan de manera negativa en el desarrollo de la personalidad: en el caso de los

---

<sup>5</sup> Rúbrica del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II redactada por el número noventa y seis del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>6</sup> Algunos autores como DOLZ LAGO consideran que existen varios bienes jurídicos protegidos: además de la libertad e indemnidad sexual, añaden la protección a la infancia cuyo contenido se identifica con «el proceso de formación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de la personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo[...]». Y además, En el Apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de 22 junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, el legislador señala que «resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la 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».

<sup>7</sup> Se trata de una manifestación de la facultad de autodeterminación en la esfera sexual, puesto que significa libre disposición de capacidades sexuales. Pero de igual manera, se contempla un sentido defensivo de la misma, ya que hace referencia al derecho que posee toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual ajeno.

<sup>8</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., *en Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova Coords.), Comares, Granada, 2016, Págs. 192-194.

menores para que siendo adultos puedan decidir libremente sobre su comportamiento sexual y en el caso de las personas discapacitadas para evitar que sean objeto sexual por sujetos que abusan de tal situación de incapacidad para satisfacer sus deseos sexuales.

## **1. Análisis del artículo 183 CP**

Como ya hemos dicho anteriormente, la novedad más importante introducida con LO 1/2015 de 30 de marzo, es la reforma en materia de la edad de consentimiento sexual. Entonces, en el artículo 183 CP donde se regula los abusos y agresiones sexuales a menores, la diferencia ha sido el establecimiento de una edad mínima situada en torno a los 16 años, a diferencia de la regulación anterior que la situaba en los 13 años.

El tipo básico del artículo 183 CP regula la realización de cualquier acto sexual con dichos menores, considerándose abuso sexual a un menor en el caso del artículo 183.1 CP y agresión sexual en el caso del artículo 183.2 CP. La regulación actual del tipo básico es de la siguiente manera:

*«1. 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.*

*2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado 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».*

Mientras que la regulación anterior:

*«1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

*2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión».*

Podemos observar cómo además de elevar la edad mínima de consentimiento para estar en consonancia con el resto de países que regulan sobre la misma materia, –en la medida en que la edad de autodeterminación sexual se situaba en dichos países europeos por encima de la nuestra–, se modifica la descripción de la acción típica que pasa a denominarse como «actos carácter sexual»–a diferencia de la regulación anterior que se refería a los «actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor»–.

Para determinar la existencia de un delito de abuso sexual es necesaria la existencia de actos de carácter sexual, en los cuales se incluye la realización de cualquier conducta de naturaleza sexual que involucren al menor en un contexto sexual ajeno, pero teniendo en cuenta que no entran en juego ni la violencia ni la intimidación.

Sin embargo, para calificar un hecho como constitutivo de un delito de agresión sexual del artículo 183.2 CP la característica esencial es la existencia de violencia o intimidación, pero siendo esta violencia o intimidación eficaz para la comisión del delito, de manera que se haya doblegado la voluntad de la víctima<sup>9</sup>.

Sin embargo, cuando el ataque consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, estamos ante un tipo cualificado del delito de abuso sexual o de agresión sexual, en el caso en el que concurra violencia o intimidación.

En relación con las agravantes, acudimos al artículo 183.4 CP donde se contemplan las siguientes:

*«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>9</sup> Ejemplos de la existencia de una situación intimidante suficiente para doblegar la voluntad de la víctima son los siguientes: en la STS 316/2015, de 28 de mayo de 2015 el sujeto se aproximó a la víctima cogiéndola del pelo y esgrimiendo una navaja. Igualmente, en la STS 469/2013, de 5 de junio de 2013 donde el padre efectúa tocamientos con ánimo libidinoso en distintas partes del cuerpo de su hija y tras el paso de los años con las amenazas que éste realizaba a la menor con suicidarse o abandonar el hogar, consiguió realizar el acto sexual o felaciones, por lo que podemos observar que el dominio que el padre llegó a ejercer sobre su hija era tan relevante que bastaba con que la mirara para saber ella lo que él quería.

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».

De todas ellas, podemos destacar la agravante regulada en el apartado e) al ampliar el ámbito de su precedente y adaptarse a las exigencias de la Directiva comunitaria. Está limitada a la puesta en peligro de la vida del menor, pero requiere un resultado de peligro concreto para la vida o salud de la víctima que es similar a lo regulado en el artículo 180.1.5ª CP, aunque en el supuesto de menores podrá tener lugar por imprudencia grave<sup>10</sup>.

De igual manera, cierta problemática puede presentar la agravante del apartado f), en relación al concepto de organización criminal recogido en el artículo 570 bis CP<sup>11</sup> y las relaciones concursales que se establecen entre ese tipo penal y los subtipos agravados de varios tipos penales<sup>12</sup>.

El concurso entre el subtipo agravado del artículo 183.4 f) CP y el delito del artículo 570 bis del CP ha sido resuelto por la doctrina y por la jurisprudencia conforme al principio de especialidad del artículo 8.1 CP, puesto que tales subtipos se consideran ley especial conforme al régimen general establecido en el delito de organización criminal.

«Sin embargo, el legislador ha optado por establecer una cláusula concursal *ad hoc*, que no deja claro si ha de prescindirse o no del criterio de especialidad para la resolución de estos conflictos normativos, remitiendo al principio de alternatividad del

---

<sup>10</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova coords.), Comares, Granada, 2016, Pág.204.

<sup>11</sup> Número 1 del artículo 570 bis redactado por el número doscientos cincuenta y tres del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>12</sup> MIR PUIG, C., “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

artículo 8.4, lo que conlleva analizar caso por caso por cuál de las opciones posibles conlleva pena superior»<sup>13</sup>.

### **1.1 Problemática relacionada con el pronóstico de tratamiento de la vejación injusta de carácter leve**

La eliminación de las faltas del CP con la reforma introducida, ha conllevado la creación de delitos leves para que las conductas que se sustanciaban por el procedimiento de las faltas no queden impunes. Por consiguiente, los delitos leves se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado «Juicio sobre delitos leves»<sup>14</sup>, que es el anterior juicio de faltas con una serie de modificaciones para adecuarlo a la nueva categoría delictiva<sup>15</sup>.

Las faltas se trataban de ilícitos que al no alcanzar la categoría de delito por su escasa entidad se sustanciaban por este trámite por el reproche penal que merecían, ya que tales ilícitos suponían injerencias en bienes jurídicos protegidos. Ahora, podemos destacar que con su supresión y la creación de los delitos leves aparece un nuevo contexto que nos lleva a preguntarnos si el trámite por delitos leves ha sido correcto, pues por un lado conductas que no tenían tanta relevancia penal quedarán subsumidas en el ámbito del delito pudiendo ser excesivo, mientras que otras podrán quedar impunes por su escasa entidad.

En tal supuesto, nos centramos en la problemática que tiene el tratamiento de la vejación injusta de carácter leve tras la reforma. Antes de la LO 1/2015, la vejación injusta de carácter leve tenía cabida en el artículo 620.2º CP.

Con la supresión de las faltas la conducta ha quedado destipificada y únicamente tiene cabida su persecución como delito leve dependiendo de quién sea la víctima. Por

---

<sup>13</sup> MIR PUIG, C., “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

<sup>14</sup> Véase la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2015 sobre la instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves que establece que: «*La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.*».

<sup>15</sup> <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9285-las-15-claves-de-la-reforma-del-codigo-penal/>  
Fecha: 18/03/2016.

ello, si acudimos al actual artículo 173.4 CP<sup>16</sup> podemos observar que existe un delito leve de vejación injusta, donde la remisión al artículo 173.2 CP<sup>17</sup> nos permite conocer quien debe ser la víctima para la existencia de tal delito.

A consecuencia de ello, podemos observar como las vejaciones injustas de carácter leve quedan sin relevancia penal, a excepción de los supuestos de violencia en el ámbito doméstico<sup>18</sup> nombradas con anterioridad. Entonces, en el caso de vejaciones injustas que no se encuentren contenidas en el artículo 173.4 CP, el procedimiento es el ejercicio de acciones por la vía civil.

De ahí que los Juicios de Faltas iniciados antes de la LO 1/2015, que actualmente constituyen delitos leves, se tramiten con la normativa anterior, es decir, la de las faltas. Pero en cambio, si se trata de conductas como las que han quedado despenalizadas, la Sentencia solo podrá hacer referencia a las responsabilidades civiles y a las costas<sup>19</sup>.

Cabe destacar, que en realidad siempre ha existido cierta problemática en la delimitación del delito del abuso sexual y la falta de vejación injusta de carácter leve, que ha sido resuelta por la jurisprudencia del TS estableciendo una serie de consideraciones al respecto para la distinción de tales supuestos<sup>20</sup>.

En relación al abuso sexual establece que «se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el

---

<sup>16</sup> Número 4 del artículo 173 introducido por el número noventa y dos del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>17</sup> Número 2 del artículo 173 redactado por el número noventa y dos del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>18</sup> STS 1/2016, de 22 de enero de 2016.

<sup>19</sup> Disposición Transitoria cuarta de la LO 1/2015, de 30 de marzo en relación con los Juicios de faltas en tramitación, que establece lo siguiente:

*«1. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifiestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.*

*Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».*

criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no los son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento»<sup>21</sup>

La jurisprudencia del TS prestando atención a la conducta típica de la vejación injusta de carácter leve ha señalado que «en primer lugar nos tenemos que encontrar ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona. Los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio, podrían incardinarse en la conducta que se describe en el título de las faltas, pero cuando existen datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un propósito más firme y agresivo, debemos considerar si se ha traspasado la barrera que delimita el campo entre los delitos y faltas para colocarse de lleno en el terreno de los primeros»<sup>22</sup>.

Atendiendo a la intensidad de los actos de tocamiento y a los datos objetivos de tiempo y lugar, los actos sorpresivos y fugaces<sup>23</sup> que se producen en espacios públicos como el metro, el autobús o la calle, que eran considerados como falta de vejación injusta<sup>24</sup> de carácter leve, en la actualidad implican que tal conducta quede impune y que únicamente quepa la vía de la responsabilidad civil<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Véase STS 1619/1998 de 22 de diciembre de 1998, la STS 1709/2002 de 15 de octubre de 2002 y la STS 87/2011 de 9 de febrero de 2011.

<sup>22</sup> Véase STS 1241/1997 de 17 de octubre de 1997, donde se realiza asimismo la distinción entre abuso sexual y vejación injusta de carácter leve.

<sup>23</sup> Véase la STS 1302/2002 de 17 de julio de 2002. Además, la SAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 2000 establece que «los leves tocamientos a través de la ropa con carácter fugaz o subrepticio pueden incardinarse en la conducta que se describe en el título de las faltas, e igualmente el beso».

<sup>24</sup> Doctrina asentada por las Audiencias Provinciales determinaban que determinados tocamientos por su levedad no tenían la entidad suficiente para ser calificados como constitutivos de un delito de agresión o abuso sexual como SAP de Almería de 1 de abril de 2002, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2001 y la SAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 2000.

<sup>25</sup> STS 16/2016, de 20 de enero de 2016: «La actual falta del artículo 620.2 del Código Penal configurada como injuria o vejación injusta de carácter leve debe quedar reconducida al orden jurisdiccional civil (salvo cuando se comenta sobre alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173 del Código Penal como se expone en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica 1/2015 apartado XXXI, párrafo decimoquinto) como ofensa de carácter privado, que pueden exigirse en esta vía o mediante acto de conciliación. En atención a cuanto hemos expuesto este Tribunal entiende que el recurso de apelación interpuesto en la presente causa debe ser desestimado, respecto de la falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal, dejando sin embargo sin efecto la condena por la falta de injuria leve o vejación injusta al resultar la misma despenalizada tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal el día 1 de julio de 2015».

Pero el punto a tener en cuenta, es la concurrencia del ánimo libidinoso y la minoría de edad de la víctima<sup>26</sup>, cuyo bien jurídico protegido que es la indemnidad sexual requiere mayor protección y por ello, las conductas realizadas que tienen como víctima a menores de edad presentan mayor grado de relevancia penal. En consecuencia, estas situaciones en menores de dieciséis años podrán quedar subsumidas en el artículo 183 CP, mientras que en el caso de los adultos quedarán impunes por considerarse excesiva la aplicación del delito.

## **2. Análisis del artículo 183 bis CP**

El anterior artículo 183 bis ha pasado a ser el actual artículo 183 ter CP. Ahora el artículo 183 bis<sup>27</sup> viene a sustituir el anterior delito de corrupción de menores del artículo 189.4 CP e incorpora dos conductas delictivas. La redacción del actual artículo 183 bis CP es la siguiente:

*«El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años».*

Observando la actual regulación podemos señalar la existencia de las siguientes conductas típicas de carácter alternativo:

- Determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

---

<sup>26</sup> En la STS 81/2016, de 21 de enero de 2016 se realiza la delimitación entre el abuso sexual y la vejación injusta de carácter leve en el caso de un menor y trayendo a colación las STS mencionadas con anterioridad pero en este caso, el ejemplo no sería del todo correcto, pues la conducta queda circunscrita en el artículo 183.1 CP al existir tocamientos en la zona genital de la menor, concretamente, introduce su mano por el trasero de la menor y le toca la zona vaginal. Sin embargo, en la STS 702/2013 de 1 de Octubre de 2013 se establece que «las acciones aquí consideradas pueden ser tenidas como de las de menor gravedad dentro de la escala de las lesivas para la libertad sexual, pero sin perder de vista que esta afectación en efecto, existió, y que las mismas aparecen diferenciadas, precisamente por ese rasgo típico que inequívocamente las connota». Se cita también la STS 928/1999, de 4 de junio de 1999 que resolvió que en contactos corporales breves o elementales, el dato determinante para considerar el hecho como delito o falta es la concurrencia o no del ánimo libidinoso.

<sup>27</sup> Artículo 183 bis redactado por el número noventa y ocho del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

- Hacer presenciar actos de carácter sexual a un menor de 16 años, aunque el autor no participe en ellos.

## **2.1 Problemática relacionada con la delimitación de la modalidad comisiva del artículo 183 bis y el artículo 185 CP**

En la determinación a participar en un comportamiento de naturaleza sexual no se señalan los medios comisivos utilizados por el sujeto activo, pero hay que tener en cuenta que el tipo implica que la decisión de participar en el comportamiento debe ser decisión del menor, sin convencerlo por medio de la violencia o la intimidación, puesto que entonces entraría en juego la aplicación del delito de agresiones sexuales a menores de 16 años<sup>28</sup> del artículo 183.2 CP. De igual manera, si el medio es el abuso de superioridad o parentesco, se debe proceder a la aplicación del tipo agravado del abuso sexual conforme al artículo 183.4 d) CP.

Como consecuencia del solapamiento que existe entre el artículo 183 bis CP y el artículo 183 CP, la doctrina ha entendido que entra en aplicación el delito de abusos sexuales cuando se produzca un contacto físico entre autor y víctima. Luego los supuestos de incitación al contacto sexual con el autor deben entenderse como constitutivos de una tentativa de abusos sexuales del artículo 183 CP.

La participación del menor es relevante para la aplicación del tipo, pues debe producirse la participación efectiva del mismo para la consumación del delito, incluyéndose los actos del menor con otro u otros individuos, pero excluyéndose aquellos en los que el menor intervenga en solitario<sup>29</sup>. De igual manera, la participación del menor en el comportamiento de carácter sexual debe ser considerada como el resultado del delito y por ello, podemos señalar que es posible la aplicación del delito en grado de tentativa en el caso de que la participación del mismo no haya llegado a consumarse.

La conducta típica descrita en relación a la presencia del menor en actos de carácter sexual aunque el autor no participe en ellos, presenta cierta problemática en

---

<sup>28</sup> BLANCO CORDERO, I., “Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233”, en Gómez (dir.), t. II, Aranzadi, Pamplona, 2015.

<sup>29</sup> AGUILAR CÁRCELES, M.M., “Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015”, en Morillas (dir.), Dykinson, Madrid, 2015.

cuanto a la delimitación del delito de exhibicionismo del artículo 185 CP según Blanco Cordero. Sin embargo, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que tanto la conducta exhibicionista realizada por el autor como la provocación sexual por exhibición de material pornográfico son conductas castigadas separadamente en los artículos 185 y 186 CP y que «hay que entender, por un lado, que los actos de carácter sexual presenciados por el menor no han de constituir material pornográfico sino prácticas sexuales en vivo sexuales en vivo y, por otro lado, que se le impone al menor la mera presencia y no su participación en un comportamiento de naturaleza sexual, pues ésta aparece recogida como figura alternativa en el inciso primero del artículo 183 bis CP»<sup>30</sup>.

### **3. Análisis del artículo 183 ter CP**

Partimos de la importancia que posee el Convenio para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>31</sup>, puesto que es el momento en el que se produce la introducción del delito que atiende a las proposiciones a menores con fines sexuales a través de las TIC. Concretamente, en el artículo 23 de dicho Convenio, se regula lo siguiente en relación a las proposiciones a niños con fines sexuales:

*«Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro».*

Como hemos señalado con anterioridad, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, es la que reproduce los dispuesto en el Convenio.

---

<sup>30</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova coords.), Comares, Granada, 2016, Pág.205-206.

<sup>31</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, páginas 94858 a 94879 (22 págs.).

Podemos señalar las diferentes regulaciones del fenómeno del *child grooming*<sup>32</sup> que muestran la necesidad de la reforma introducida por la LO1/2015 de 30 de marzo, en relación con el límite de edad fijado. El fundamento reside en que las legislaciones del entorno tienen establecido un límite de edad superior, lo que proporciona mayor protección jurídica a los menores.

Es por ello, que teniendo las legislaciones del entorno un límite de edad superior en materia de delitos sexuales en relación con los menores, se manifiesta de manera racional y coherente la necesidad de introducir un cambio legislativo que aumentase el citado límite, para asegurar una mayor protección y ser más similares al resto de sistemas legislativos que regulan sobre tal materia.

Podemos destacar cómo la aplicación de la Directiva 2011/92/UE ha permitido que cada ordenamiento jurídico estableciese y adoptase las medidas que consideraba oportunas, manifestándose en tales legislaciones que no existe un punto común ni una solución coincidente<sup>33</sup>. Manifestación de ello es que el legislador español en un primer momento delimitó como sujeto pasivo al menor de 13 años, siendo similar al sistema de Chile que fija el límite en el menor de 14 años, mientras que el Código penal francés en la regulación del *child grooming* delimita como sujeto pasivo al menor de 15 años y a su vez, existiendo varios sistemas que han optado por la alternativa de delimitar como sujeto pasivo al menor de 16 años como el Código penal australiano de la Commonwealth, la legislación de Queensland, Inglaterra, Gales y Escocia<sup>34</sup>.

El artículo 183 ter CP<sup>35</sup> recoge una serie de actos preparatorios, no considerándose acorde con los principios de proporcionalidad, intervención mínima,

---

<sup>32</sup> El legislador español ha optado por el anglicismo *child grooming* para referirse a la conducta de aquel sujeto que a través de las TICs realiza un acercamiento al menor con el propósito de cometer un delito contra su indemnidad sexual. Pero hay que tener en cuenta que se han utilizado otras expresiones como *ciberacoso*, *ciberacoso sexual*, *online grooming o meeting a child following sexual grooming through TICs*, considerándose las dos primeras desacertadas desde un punto de vista técnico-jurídico, ya que no se utiliza ni en la normativa internacional ni en la normativa de la Unión Europea –obsérvese el artículo 23 de la Convención del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra su explotación y abuso sexual y el artículo 6 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil–.

<sup>33</sup> Véase el Anexo I: La nueva edad de consentimiento sexual.

<sup>34</sup> Véase las páginas 16 y 17 de DÍAZ CORTÉS, L.M “El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio” en *el Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 66, Nº 2138, 2012 y páginas 222-228 de TASCÓN GONZÁLEZ, M.M “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011).

<sup>35</sup> Artículo 183 ter introducido por el número noventa y nueve del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal. Por ello, se muestra la excepcionalidad que existe en la tipificación de una serie de actos preparatorios en determinados delitos autónomos, ya que solo para un número reducido de delitos se castiga la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

Dicho artículo, recoge dos conductas delictivas: en primer lugar, se caracteriza por recoger un acto preparatorio punible en el artículo 183.1 ter CP conocido como *child grooming* en sentido estricto, que castiga la puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor de 16 años –antes de la reforma era el menor de 13 años–. Y en segundo lugar, el artículo 183.2 ter CP regula la explotación de imágenes relacionadas con la pornografía infantil y la exposición de este tipo de material<sup>36</sup>, también conocido como *sexting*.

La actual redacción del artículo 183.1 ter CP queda de la siguiente manera:

*«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 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.»*

---

<sup>36</sup> Con anterioridad a la reforma, la conducta formaba parte de la acción típica del delito de corrupción de menores del artículo 189 CP. Generalmente, se castigaba la conducta descrita en el actual artículo 183.2 ter CP, con la aplicación del artículo 189.1 a) que castigaba con la pena de prisión a «*El que capture o utilice a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas*». O insertándose de forma residual en el artículo 189.4, que establecía lo siguiente: «*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*».

Podemos traer a colación la STS 264/2012, de 3 de abril de 2012, que comparte puntos de conexión con la aplicación jurisprudencial actual en materia del *sexting* del artículo 183.2 ter CP. El bien jurídico protegido por este delito es de la indemnidad sexual e incluso dignidad de los menores y siguiendo a la STS 796/2007, 1 de Octubre de 2007 podemos señalar que su bienestar psíquico también «en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual que, en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por cauce de madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de una vida, por lo cual es indiferente a efectos jurídicos penales que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas».

Tras la lectura de la regulación en el precepto anteriormente mencionado, podemos realizar una abstracción para establecer las notas definitorias del delito y determinar cuándo procede su aplicación. Por lo tanto, cabe destacar que para la existencia del delito del artículo 183.1 ter CP es necesario que se produzcan las siguientes conductas:

- Que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación se establezca un contacto con un determinado sujeto
- La minoría de 16 años de la víctima
- Proponer un encuentro con independencia de si realmente tuvo lugar o no porque el delito se entiende consumado con la concertación del encuentro
- La realización de actos materiales encaminados al acercamiento
- Que exista voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189 que comprenden ataques a la indemnidad sexual de menores de 16 años.

Nos encontramos ante un delito doloso, pero teniendo en cuenta que existe un elemento adicional al dolo, pues el sujeto activo tiene una finalidad sexual en el encuentro que pretende concertar con el menor –en el precepto se expresa: *con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 [...]–* y además, es conocedor de la edad de la víctima, que aunque no sea del todo exacta conoce la escasa edad del sujeto pasivo.

En definitiva, el tipo básico se caracteriza por ser un tipo compuesto, debido a que su aplicación tiene lugar cuando se determina la realización de las conductas anteriormente descritas, en el que el sujeto activo debe realizar todas y cada una de ellas para la comisión del mismo.

Teniendo presente la regulación anterior podemos realizar un análisis sobre la reforma introducida en 2015 y la problemática que se plantea. La redacción del artículo 183 bis CP estaba redactado 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 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».*

En relación al sujeto pasivo, como se ha mencionado con anterioridad, la principal modificación introducida alude a la edad del menor aumentándose de 13 años a 16 años. Al aumentarse la edad en la nueva regulación, podemos destacar como se ha producido una amplitud en la protección del bien jurídico protegido, pues anteriormente existía una protección de la indemnidad sexual de los menores de 13 años que tras la reforma de 2015 se ve ampliada hasta los 16. Pero sin embargo, no se incluye como sujeto pasivo a los incapaces, que también hacen uso de las TICs y que pueden presentar incluso mayor vulnerabilidad que los menores de edad no incapacitados.

Es interesante señalar que tanto en la regulación anterior como en la regulación actual aparece el tipo agravado, al admitirse que las penas se impongan en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Pero en realidad, el *child grooming* siempre va a tener presente estos elementos en la situación jurídica, pues son notas caracterizadoras del hecho delictivo porque el menor puede actuar como consecuencia de las amenazas del delincuente sexual. Sin embargo, no se va a producir siempre la aplicación del tipo agravado, puesto que se debe realizar una interpretación racional y coherente de los elementos existentes siendo determinantes para que sea susceptible de aplicación el concurso de delitos entre el tipo básico del artículo 183 ter y el correspondiente delito de coacciones o amenazas.

El *sexting* se introdujo en el segundo apartado del artículo 183 ter CP y lo que contiene el precepto es lo siguiente:

2. *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 realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años».*

Prestando atención al precepto, el *sexting* ya encontraba respuesta con la aplicación del artículo 189.1 a) y b)<sup>37</sup>, pero con la LO 1/2015 es introducido en el Derecho positivo español. Se trata de un delito de presunción en el que se adelantan las barreras de protección, al igual que sucede con el *child grooming*, con la finalidad de proteger el proceso formación en materia sexual del menor y evitar un perjuicio en el mismo y en su indemnidad sexual.

Al igual que en el *child grooming*, nos encontramos ante un delito doloso, que requiere un elemento adicional al dolo como es la finalidad de obtener el material pornográfico en el que aparezca el menor –en el precepto se establece: *actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor [...]*–.

Anteriormente, como esta conducta no estaba prevista de forma expresa en la normativa cuando el sujeto activo realizaba la acción típica del artículo 183.2 ter CP, era castigado por delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico del artículo 189 CP en grado de tentativa. Pero ahora, con la regulación expresa hay que tener en cuenta que si el sujeto activo del delito de embaucamiento finalmente recibiese el material pornográfico de un menor sería de aplicación el artículo 189 por progresión delictiva –artículo 8.3 CP–, puesto que en el artículo 183.2 ter CP es punible el acto preparatorio<sup>38</sup>.

### **3.1 Problemática relacionada con el sujeto activo**

Aludiendo al artículo 23 del Convenio que se ha citado con anterioridad, podemos observar cómo se ha tipificado estableciendo un sujeto activo amplio a diferencia de lo establecido en dicho precepto. En este punto, podemos observar cierta problemática a la hora de su aplicación, ya que quizás la mejor solución hubiese sido

---

<sup>37</sup> Como se ha dicho, con anterioridad a la reforma era subsumible en el artículo 189.1 a) y 189.3 a) CP pero con la reforma actual la conducta está descrita en el tipo del *sexting*, que castiga con la pena de 6 meses a 2 años. Cabe traer a colación la SAP de Zaragoza 196/2015, de 20 de julio de 2015 en donde se determina que la conducta del acusado era típica en el momento de comisión y subsumible en el artículo 189 CP, pero con la entrada en vigor de la LO 1/2015 y como consecuencia de la ampliación de los tipos penales relativos a los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, es de aplicación el artículo 183.2 ter CP y el fundamento reside en la aplicación de la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, pues la aplicación del citado precepto resulta ser más favorable para el acusado.

<sup>38</sup> MIR PUIG, C., “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

establecer al sujeto activo de manera más restrictiva, siendo éste exclusivamente el adulto para que las conductas que se produzcan entre menores no adquieran la misma relevancia penal.

Sin embargo, es importante tener presente la posibilidad de que un menor pedófilo lleve a cabo tales conductas, en donde la labor del legislador no quedaría tan cuestionada por prever la punibilidad de la conducta. Igualmente, debemos tener en cuenta las relaciones que puedan producirse entre un menor de quince años y un adulto de dieciocho, que son impunes por la escasa diferencia de edad y por consiguiente, entrar dentro del ámbito de aplicación de la cláusula contenida en el artículo 183 quater del CP.

En definitiva, la opción legislativa no ha resultado plenamente satisfactoria si se atiende a la interpretación literal del precepto y del Convenio. No debería haberse optado por una regulación del sujeto activo general y amplia cuando en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010<sup>39</sup> se establece que «la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual».

Es por ello, lo que nos lleva a plantearnos si la regulación es correcta cuando se permite que ciertas conductas entre menores adquieran una relevancia penal que igual no debería si no revisten de la entidad suficiente, prestando atención a la proximidad de las edades entre los mismos.

En consecuencia, la problemática se basa en que la interpretación de la regulación en su sentido literal permite introducir conductas realizadas entre menores, que, en ocasiones, se circunscriben en el ámbito del desarrollo de la personalidad. Al respecto, existen dudas de si se debería haber seguido el artículo 23 del Convenio o haberse regulado en función de lo establecido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 por los hechos anteriormente mencionados, pero la realidad es que se ha optado por un sistema como el de Noruega, que no establece al adulto como sujeto activo pero

---

<sup>39</sup> Apartado XIII de la Exposición de Motivos de 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.

establece la posibilidad de eximir de responsabilidad si el sujeto activo y el sujeto pasivo están próximos en edad y madurez –artículo 201 CP noruego<sup>40</sup>–.

### 3.2 Problemática relacionada con la cláusula concursal

La aplicación de la cláusula concursal produce cierta problemática, debido a que establece la existencia de un concurso real entre el artículo 183 ter CP y el delito contra la indemnidad sexual consumado, cuando la doctrina mayoritaria considera que son de aplicación los artículos 8.3 y 8.4 CP por la existencia de un conflicto de leyes, donde el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castiguen infracciones consumidas en aquél o el precepto penal más grave excluye los que castiguen el hecho con una pena menor.

Debemos prestar atención al supuesto de hecho, puesto que si estamos ante dos conductas que tutelan un mismo bien jurídico se debe excluir el concurso de delitos y aplicar el concurso de leyes teniendo en cuenta el artículo 8 CP, ya que la aplicación del artículo 73 y siguientes del CP implicaría una vulneración del principio *non bis in ídem*, además de una vulneración del principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y dignidad de la persona. Podemos traer a colación la STS 5809/2015<sup>41</sup>, de 10 de diciembre de 2015 donde se expresa lo siguiente:

*«Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva»*

En realidad, la doctrina mayoritaria aboga por una solución que no es acorde con la voluntad del legislador, pues cuando establece «*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*» se hace de manera acumulativa sin ser la voluntad de la ley que se proceda a la aplicación del delito que tenga mayor

---

<sup>40</sup> Section 201 c) of The General Civil Penal Code (Act No. 10 of May 22, 1902, as amended up to Act No. 131 of December 21, 2005).

<sup>41</sup> De igual manera, se hace mención en la misma a otras Sentencias como la STS 527/2015, de 22 de septiembre y la STS 97/2015, de 24 de febrero, donde se establece que «el delito de lesión subsume al de peligro» y que «estamos ante un tipo de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido [...]».

sanción. Por consiguiente, los Tribunales tradicionalmente proceden a una solución que no es del todo correcta en determinados supuestos de hecho, como aquellos en los que tras la conducta de embaucamiento del *childgrooming*, se produzca una agresión sexual, abuso sexual o tráfico de pornografía infantil donde lógicamente debe seguirse el criterio fijado por el concurso de delitos<sup>42</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que independientemente de la cláusula dispuesta en el propio artículo 183 ter, debe apreciarse un concurso de leyes en el supuesto de la captación con fines exhibicionistas o pornográficos por ser coherente con el criterio de consunción del artículo 8.3 CP.

### **3.3 Otras modificaciones**

Asimismo, otras de las modificaciones introducidas es la eliminación de la referencia de los artículos 178 a 183, manteniéndose únicamente la referencia a los artículos 183 y 189 en relación a las agresiones y abusos sexuales de menores de 16 años.

## **4. Análisis del artículo 183 quater CP**

A partir de la reforma, el consentimiento<sup>43</sup> prestado por un menor de 16 años carece de validez, considerándose la realización de cualquier acto de naturaleza sexual con menores de tal edad hechos delictivos. Por debajo del límite fijado de los 16 años, la Ley presume *iuris et de iure*<sup>44</sup> la irrelevancia del consentimiento otorgado por el menor para la realización de cualquier acto de naturaleza sexual. Sin embargo, hay que tener en cuenta que es de aplicación la excepción contenida en el artículo 183 quater en relación a las relaciones sexuales consentidas.

---

<sup>42</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova coords.), Comares, Granada, 2016, Pág.207.

<sup>43</sup> Siguiendo a ARENALDI RÍOS, J en “El consentimiento en materia penal”, el consentimiento es una voluntad clara de permiso o aceptación y el mismo debe ser prestado personalmente por el titular del bien jurídico. Por lo tanto, el consentimiento de la víctima puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal y «para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y/o perjuicios que el acto le puede acarrear». Asimismo, tal y como establece CEREZO MIR, J., la eficacia del consentimiento debe ser consciente y libre, puesto que «la eficacia del consentimiento queda excluida cuando no es consciente y libre, es decir, ha sido obtenido mediante el empleo del engaño, la violencia, la intimidación o las amenazas»-véase CEREZO MIR, J. (1998): *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, págs.326 y ss.-.

<sup>44</sup> MIR PUIG, C., “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Esto tiene su origen en que si la conducta punible es consentida y ataca a un bien jurídico que es susceptible de disposición, se genera una situación en la que no hay interés por parte del titular del bien jurídico en ser protegido jurídicamente. Por consiguiente, la agresión no es susceptible de ser totalmente relevante penalmente, debido a que la aceptación o consentimiento de la víctima provoca que el comportamiento no sea antijurídico formalmente.

En relación con la edad de consentimiento sexual<sup>45</sup> es destacable lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Finales del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía:

*«23. Preocupa al Comité que la edad relativamente baja para el consentimiento sexual, los 13 años de edad, vuelva a los niños más vulnerables a la explotación sexual.»*

*24. El Comité recomienda que el Estado Parte considere la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo».*

La reforma con la consiguiente modificación de la edad de consentimiento sexual era necesaria y por lo general se estaba de acuerdo. Sin embargo, la polémica surgía en torno a la delimitación del límite concreto de la edad, puesto que unos apostaban por los 15 años y consideraban los 16 años como una medida extrema por las diversas encuestas realizadas<sup>46</sup>, que muestran que las prácticas sexuales comienzan a partir de los 14 o los 15 años. Y esta situación, quedó plasmada en el momento de tramitación parlamentaria de la reforma del Código Penal donde algunas formaciones políticas apostaban por el límite de los 14 o los 15 años –como pedían UPyD y PSOE–, mientras que otros partidos apostaban por el límite de los 16 años.

---

<sup>45</sup> La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil define la edad de consentimiento sexual 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>46</sup> La Encuesta de Salud y Hábitos Sexuales, realizada en 2003 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), recoge que «el 80% de la población tiene su primera relación sexual entre los 15 y 23 años, un 10% con 15 años o menos y otro 10% con 23 años o más». Pero, a medida que disminuye la edad de los encuestados, la primera relación sexual tiene lugar más temprano: el 18,4% de los chicos y el 11,4% de las chicas entre los 18 a 29 años tuvieron su primera relación sexual antes de cumplir los 16 años. De igual manera, datos similares se muestran en la Encuesta Nacional de Salud Sexual elaborada en 2009 por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) a cerca de los menores en el plano sexual.

Resultaba un punto muy controvertido, donde el acuerdo y el consenso resultaba difícil. Igualmente, la Federación Española de Sociedades de Sexología (FESS) comprendía la necesidad de marcar un límite aunque no se atrevía a recomendar ninguno, afirmando la vicepresidenta de la misma que era difícil porque se comprueba que la madurez psicosexual es muy variable.

Finalmente, la reforma introducida por la LO 1/2015 establece la edad de consentimiento sexual en los 16 años, respondiendo a la petición realizada por el Comité de los Derechos del Niño, a las realizadas por ONG protectoras de la infancia y a las de los juristas. A su vez, se incluyó la excepción del delito de abuso por las relaciones consentidas entre personas de edad, desarrollo o madurez semejantes, es decir, se produjo la introducción del artículo 183 quater CP.

La redacción del artículo 183.1 CP relacionado con la citada edad queda de la siguiente manera:

*«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».*

Hay que tener en cuenta que tanto antes de la reforma como con posterioridad, existían opiniones doctrinales que consideraban la necesidad de establecer una presunción que admitiera prueba en contrario –presunción *iuris tantum*–, a través del análisis de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual. Pero la realidad era que la aplicación práctica establecía una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles.

En particular, la anterior regulación suponía la incapacidad de dicho menor para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual<sup>47</sup>, lo que se traducía en una problemática en la práctica y en las resoluciones judiciales, debido a que la realidad es que los menores se interrelacionan sexualmente y de forma libre con otras personas, ya sean menores o mayores de edad.

---

<sup>47</sup> Véase la STS 266/2012, de 3 de abril de 2012.

En consecuencia, lo que ocurría era que la jurisprudencia del TS antes de la reforma introducida realizaba una aplicación de la Ley en su sentido literal, determinándose la validez del consentimiento en función de la edad del sujeto pasivo, es decir, o tenía 13 años o en el caso de que no tuviese la edad mencionada el consentimiento no podía ser válido. El fundamento residía en la aplicación de la presunción *iuris et de iure*, que obligaba a prestar atención a la edad del sujeto pasivo siendo imposible prestar atención a la edad mental, ya que el límite de edad debía referirse a la edad física porque en caso contrario, se producía una quiebra al principio de seguridad jurídica.

En otras palabras, la problemática que existía en relación a la jurisprudencia del TS era un problema probatorio, por la inadmisión de la validez de las pruebas que se aportaban durante los distintos procesos iniciados y que demostraban que los menores, que habían sido objeto de relaciones sexuales consentidas, tenían juicio suficiente para consentir y mostrar una verdadera voluntad para el mantenimiento de las mismas. Es por ello, lo que le llevo en diversas actuaciones a forzar los requisitos de la apreciación del error de prohibición invencible en el que se tenía en cuenta el desconocimiento de que se estaba produciendo la comisión de un delito en los actos sexuales que se realizaban con los menores implicados<sup>48</sup>.

El TS como se basaba en la aplicación de la ley de manera literal, lo que realizaba era apreciar como problemática la existencia de un error de prohibición invencible cuando realmente la problemática se basaba en la apreciación de un consentimiento del menor que era válido y conforme a la edad mental del mismo por las pruebas periciales que se realizaban en tales procesos.

Lo más acertado hubiese sido establecer una regulación en la que se prestara atención a la capacidad natural de juicio<sup>49</sup>. Por consiguiente, la regulación actual se

---

<sup>48</sup> En la STS 411/2006 de 18 de abril la solución más razonable hubiera sido tener presente el consentimiento de la menor debido a que las pruebas demostraban que consintió válidamente y que tenía una madurez superior a su edad física. Pero el problema era la aplicación de la presunción y la imposibilidad de equiparar la edad mental a la edad física por la quiebra del principio de seguridad jurídica y esto, es lo que llevo al TS a forzar los requisitos de error de prohibición invencible que fue apreciado para el sujeto activo alegando el desconocimiento de que la conducta era delictiva –teniendo en cuenta que se prestó atención a las condiciones personales y sociales del sujeto que tenía nacionalidad ecuatoriana y era una práctica común en el país de origen–.

<sup>49</sup> Siguiendo a CERESO MIR, J. en relación con la capacidad para otorgar consentimiento, que establecía que bastaba con la capacidad natural de juicio, es decir, «la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de la resolución de voluntad en relación con el bien jurídico protegido». Pero teniendo en

considera más correcta porque permite solucionar los errores que estaban presentes anteriormente en relación con el error de prohibición invencible, que tenía una aplicación abusiva para aquellos casos en los que no se tenía en cuenta tal capacidad por la invalidez del consentimiento prestado por los menores implicados en las relaciones sexuales.

Es por eso que la realidad social que estaba presente y las soluciones prácticas que se dictaban en los Tribunales, llevaron al legislador a introducir el precepto como eximente de responsabilidad penal, reconociendo el consentimiento del menor de 16, cuando el autor sea una persona próxima en edad biológica y grado de desarrollo<sup>50</sup>.

De esta forma, nuestro país se adaptó a las recomendaciones de la ONU presentado una redacción que tiene en cuenta el desarrollo progresivo de los menores de edad y evitando que las relaciones sexuales consentidas entre los mismos o entre menores de 16 años y mayores de edad próximos por edad, madurez y desarrollo tengan relevancia penal.

La excepción contenida en el artículo 183 quater establece lo siguiente:

*«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».*

Por consiguiente, cuando se trate de relaciones sexuales consentidas entre personas de similar grado de madurez y desarrollo, en ningún caso serán objeto de penalización.

#### **4.1 Problemática relacionada con la discrecionalidad del precepto**

La dificultad se presenta a la hora de determinar qué se considera «*similar grado de madurez y desarrollo*». La indeterminación normativa que está presente en la aplicación de dicho precepto es lo que genera polémica en relación a la discrecionalidad

---

cuenta que esta capacidad natural de juicio no implica que el sujeto tenga que ser un imputable, puesto que un sujeto que padezca una anomalía o alteración psíquica puede poseer capacidad natural –CEREZO MIR, J. (1998): *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, 6ª edición, Tecnos, Madrid–.

<sup>50</sup> MIR PUIG, C., “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

judicial que se ha concedido aquí y por ello, sería necesario determinar con mayor concreción tales conceptos.

La modificación que se ha producido por la reforma introduce cierta amplitud a la hora de tomar las decisiones judiciales, puesto que son los Jueces los que tomarán la decisión en relación a la comisión del delito, valorando la proximidad por edad y el grado de desarrollo o madurez.

Para ello, además de observar la diferencia de edad existente entre los sujetos, es necesario realizar la pertinente prueba pericial psicológica para observar si la diferencia de edad resulta significativa para la existencia de relaciones sexuales. Es necesario determinar la existencia de prevalimiento, puesto que el mismo supone la existencia de consentimiento por parte de la víctima pero viciado por determinadas circunstancias.

Podemos traer a colación la SAP de Zaragoza 155/2015 de 15 de junio<sup>51</sup>, donde el Tribunal señala por aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada del TS que «la diferencia de edad entre el sujeto activo y pasivo puede dar lugar a una superioridad de la que es posible aprovecharse para mantener relaciones sexuales; pero que, para que exista delito, debe ir acompañada de alguna otra circunstancia que refuerce la situación dominante del agente».

Por consiguiente, la relevancia del consentimiento en las relaciones sexuales reside en la existencia de un consentimiento libre en las prácticas sexuales y en la inexistencia de prevalimiento que haya dado lugar a una relación de superioridad por la diferencia de edad que puede existir entre ambos sujetos.

El consentimiento opera como causa de exclusión del tipo, pero es notable el grado de ambigüedad de la norma que va a permitir pronunciamientos judiciales muy diversos según las convicciones, educación o prejuicios de cada juzgador. Según la

---

<sup>51</sup> Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la Sentencia mencionada con anterioridad los hechos probados constituyen un delito relativo a la prostitución y a la corrupción de menores, concretamente es de aplicación el delito del artículo 187.1 CP. Teniendo en cuenta que aunque las relaciones sexuales eran plenamente consentidas y existía proximidad de edad y grado de madurez –siendo la diferencia de edad entre el sujeto activo y pasivo de 3 años y 2 meses–, no es de aplicación la eximente de responsabilidad penal del artículo 183 quater, puesto que es influyente en tal consentimiento la retribución dineraria y en especie que recibía el menor.

Asimismo, en la citada Sentencia se hace remisión a la STS de 11 abril de 1990, en la cual se señala que «la palabra prostitución por su significado etimológico y actual, no tiene necesariamente que referirse a la realización por precio del acto sexual pleno, sino que puede abarcar cualquier depravación en el consumo carnal de cierta importancia, medida ésta por repulsa social que provoca».

doctrina, se establece que en la práctica lo que va a ocurrir es que se va a instalar cierto automatismo por lo que «cuando no exista amplia diferencia de edad entre los sujetos, sin más se optará por la absolución o sobreseimiento».

## **5. El error**

En el caso de que el sujeto activo actúe con desconocimiento o con error fundado en la edad de la víctima será de aplicación el artículo 14 CP en relación al error de tipo, debido a la existencia de un error sobre uno de los elementos objetivos del tipo, que conlleva una exclusión del dolo.

El error de tipo regulado en el artículo 14 CP puede causar cierta problemática en su aplicación, como consecuencia del error de prohibición regulado en el mismo precepto. Teniendo presente el error de tipo, si el error fuera vencible será considerado como un delito culposo, pero en el caso de que el error fuera invencible se excluye la responsabilidad.

No está previsto en el Título VIII, por ese motivo, es necesario tener en cuenta que parte de la jurisprudencia y de la doctrina se inclina hacia la teoría del dolo eventual, basándose en que el sujeto activo debió prever la posibilidad de que las consecuencias se produjeran, es decir, de que la víctima podía tener una edad inferior a la legalmente establecida y se produjese la existencia de un delito en materia sexual.

El dolo eventual se relaciona con el problema del error de tipo vencible, pues no se admite un error de tipo sobre la edad salvo supuestos concretos en los que el error está fundamentado –menor que enseña un DNI falso–. En este sentido, podemos citar la STS 823/2015, del 24 de febrero del 2015, en donde el procesado solicita la aplicación del error de tipo por desconocimiento de la edad del menor y el Tribunal declara que el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía 13 años, es decir, el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años.

En consecuencia, el dolo exigido a la actuación del sujeto activo, que puede subsumirse en el artículo 183 ter CP, es el dolo eventual –y dentro de este concepto al dolo de indiferencia–:

«Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo. Puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado».

Por otro lado, el error de prohibición regulado en el artículo 14 CP señala que el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad por tratarse de un error invencible y si el error fuera vencible, entonces, se produciría una atenuación de la pena. Por consiguiente, se configura el error de prohibición no solo cuando se actúa creyendo que se actúa correcta o lícitamente, sino cuando ni siquiera se llega a plantear una ilicitud en los hechos producidos.

Como la jurisprudencia del TS procedía a la aplicación de la presunción *iuris et de iure*, sin tener cabida la apreciación del consentimiento de la víctima, se procedía generalmente a la aplicación del error de prohibición teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del sujeto activo. Pues la apreciación del error de tipo es difícilmente apreciable por los Tribunales, ya que la víctima puede mostrar algún símbolo de la edad que posee, en relación a la forma de expresión oral, escrita, el comportamiento, etc.

Traemos a colación la STS 266/2012, de 3 de abril de 2012, donde el procesado conocía la edad de la víctima pero desconocía que el mantenimiento de relaciones sexuales con la misma constituía un hecho delictivo. El recurso interpuesto por el procesado por la no apreciación del error de prohibición del artículo 14.3 CP no es estimado, ya que no es apreciable el error invencible cuando existe oportunidad de conocer lo establecido en la Ley y «la indisponibilidad de la libertad sexual de los menores de edad de 13 años es una norma de imperativo acatamiento cuyo contenido esencial es de general conocimiento y patente para la generalidad de las personas, siendo clara la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niños de esa edad, cuya capacidad de discernimiento no se encuentra mínimamente formada».

Existen SsTS similares a la anteriormente mencionada, donde el sujeto activo solicitaba la aplicación del error de prohibición conforme a la situación personal y

social del mismo, al tratarse de un extranjero en cuyo país de origen el mantenimiento de relaciones sexuales con menores era una práctica reconocida y realizada. De igual manera, se apreciaba en la aplicación del error que la víctima poseía una madurez y edad mental superior a su edad cronológica; a diferencia del sujeto pasivo que mostraba un grado de madurez inferior a lo que le correspondía.

### **III. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MAYORES DE DIECISÉIS AÑOS**

#### **1. Análisis del artículo 182 CP**

El régimen de aplicación en supuestos de abuso sexual a menores de edad pero mayores de dieciséis se encuentra regulado en el artículo 182 CP, en el que aparece el abuso sexual fraudulento, conocido anteriormente como delito de estupro fraudulento<sup>52</sup>.

El actual artículo 182.1 del CP<sup>53</sup> establece lo siguiente:

*«El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».*

Como consecuencia de la reforma, la franja de edad prevista para este tipo de abuso fraudulento cambia, pues en un primer momento la edad se limitaba a los menores entre 13 y 16 años<sup>54</sup>, mientras que ahora se circunscribe al ámbito de los menores de edad pero mayores de 16 años.

#### **1.1 Problemática del régimen aplicable a menores de edad pero mayores de dieciséis años**

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, en Matallín (coord.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.

<sup>53</sup> Número 1 del artículo 182 redactado por el número noventa y cinco del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015.

<sup>54</sup> Artículo 182.1 CP antes de la reforma de 2015: *«El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses».*

La problemática que plantea la aplicación del régimen aplicable es la verdadera utilidad del mismo, en el sentido de que podría haberse subsumido la conducta típica realizada por el sujeto activo dentro del precepto del artículo 181 CP, con el que existe cierto solapamiento. De igual manera, ocurre lo mismo con el artículo 185 CP.

El solapamiento al que hacemos referencia se produce:

- En primer lugar, porque cuando en el artículo 182 CP se hace referencia a una posición de reconocida confianza o autoridad, podría serle de aplicación lo contenido en el artículo 181.3 y artículo 181.5 CP, que a su vez remite al artículo 180.1.3ª y 180.1.4ª CP. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este solapamiento es consecuente, pues la pena en un precepto y en otro es distinta, habiéndose querido agravar en el régimen del artículo 182 CP. Lo que realmente parece discutible es la presencia del engaño, ya que resulta poco creíble que pueda darse la existencia de una relación sexual con un menor de dieciséis años mediando engaño y por ello, queda reducido a un delito anacrónico y residual<sup>55</sup>.
- En segundo lugar, porque se les reconoce plena capacidad para consentir en el mantenimiento de relaciones sexuales con otras personas pero en cambio, no tienen capacidad para contemplar actos de exhibición obscena ejecutado por un adulto o incluso material pornográfico proporcionado por éste último en relación con lo establecido en el artículo 185 y 186 CP<sup>56</sup>.
- Por último, dentro del ámbito de aplicación del artículo 183 bis CP, se puede presentar el problema en el caso del régimen aplicable cuando se hace presenciar a un menor de edad pero mayor de 16 años un abuso sexual. Pues en este caso, los hechos no encajan en el artículo 183 bis CP ni en el artículo 185 CP, por lo que entonces entraría en juego la aplicación de los delitos de coacciones o amenazas<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova coords.), Comares, Granada, 2016, Pág.201.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, en Matallín (coord.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.

<sup>57</sup> BLANCO CORDERO, I., “Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233”, en Gómez (dir.), t. II, Aranzadi, Pamplona, 2015.

#### IV. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis de los preceptos que conforman el CAPITULO II y el CAPITULOS II BIS, he ido realizando una valoración de los mismos con su respectiva problemática, por lo que voy a proceder a una valoración más global.

Podemos concluir que la labor del legislador no ha sido correcta en todos los aspectos regulados, demostrando que existen lagunas que conllevan a cierta discrecionalidad en la aplicación de alguno de ellos.

En primer lugar, tenemos la delimitación del sujeto activo de forma abierta en el delito de *childgrooming* y la cláusula concursal establecida en el precepto es muestra del error que se produce en los Tribunales a la hora de entrar en aplicación la normativa, es decir, existe una problemática importante en la aplicación de la regulación en relación al concurso. Teniendo en cuenta lo anterior, a mi juicio, se debería haber seguido lo establecido en el artículo 23 del Convenio para la Protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual, que delimita al sujeto activo como al adulto que realiza la acción típica, pues siguiendo la regulación contenida en el CP y en aplicación expresamente del artículo 183.1 ter CP, pueden tener relevancia penal conductas que han sido realizadas en el ámbito de los menores y que no adquieren el reproche penal que merecen.

Pero la problemática del *childgrooming* no solo reside en la delimitación del sujeto activo, sino que también existe problemática en cuanto al sujeto pasivo por proceder a una delimitación basada en los menores como víctimas sin incluir a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que también utilizan las TICs y que suelen presentar mayor grado de vulnerabilidad.

Sin embargo, en mi opinión, no todo son inconvenientes y problemas a lo establecido por el legislador, puesto que la elevación de la edad mínima para consentir puede considerarse todo un acierto al adelantar las barreras de protección penal y siguiendo lo que ya habían establecido otros países respecto a la edad sexual. Y lo mismo cabe decir de la causa de exclusión de la responsabilidad del artículo 183 quater, que permite que numerosos casos entre menores o entre menores y mayores de edad

próximos en edad no se lleven por la vía penal al no merecer ese reproche penal que anteriormente existía y que implicaba una aplicación excesiva, y en ocasiones incorrecta, del error.

En relación con la causa de exclusión del tipo, la polémica es significativa por la discrecionalidad que aboga el precepto y que se otorga a los Jueces que conozcan del supuesto de hecho para determinar qué se considera por similar grado de madurez y desarrollo. En consecuencia, opino que se va a provocar cierto automatismo en la aplicación del artículo cuando las personas implicadas sean próximas en edad y en caso contrario, diversidad de resoluciones en función del Juez que conozca el proceso y lo que entienda conforme a sus convicciones.

Finalmente, lo cierto es que el legislador ha llevado a cabo una reforma necesaria en determinados aspectos como los que acabamos de señalar pero también, ha intentado abarcar una regulación que inicialmente estaba bien planteada y que sin embargo el desarrollo y la inclusión en el CP no ha sido del todo acertada por las dudas que se suscitan en alguno de los preceptos indicados.

## V. ANEXOS

### ANEXO I: La nueva edad de consentimiento sexual<sup>58</sup>

El criterio utilizado por el legislador para proceder al cambio de la edad de consentimiento sexual está basado en qué la edad de 13 años para consentir en el terreno sexual era una de las más bajas del mundo, por lo que elevando la citada edad se adecúa a los criterios de otros países y a las recomendaciones de Naciones Unidas.

Tamarit Sumalla es claro al indicar que la modificaciones de la edad de consentimiento sexual no consecuencia de la Directiva, ya que en este aspecto no se interfiere en la soberanía de los Estados, sino a una mera necesidad de aproximación a las otras legislaciones y a la recomendación de la ONU, pasando de tener una de las franjas de edad más bajas del mundo a situarse entre los países europeos con el umbral más elevado.

País	Edad de consentimiento en materia sexual
Alemania	14
Bélgica	16
Estados Unidos	Mayoritariamente 16 pero hasta 18, según Estado
Finlandia	16
Francia	15
Italia	14
Noruega	14
Portugal	14
Suecia	15

Sin embargo, Ramos Tapia no comparte las razones anteriormente mencionadas e incide en que sí que es cierto que ningún país tenía fijado legalmente anteriormente una edad de consentimiento sexual tan inferior como es la de 13 años, pero de igual manera destaca que también la franja predominante son los 15 años y que incluso Italia

<sup>58</sup> Véase AGUILAR CÁRCELES, M.M., “Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015”, en Morillas (dir.), Dykinson, Madrid, 2015, páginas 439-443.

y Portugal, que son los países más afines culturalmente, la fijan en 14 años. Por consiguiente, a su juicio la franja que hubiera debido fijarse es ésta última.

Hay que tener en cuenta en este punto, que el reconocimiento no es absoluto, pues la inclusión de la cláusula en el artículo 183 quater, que implica exclusión de responsabilidad penal cuando medie el consentimiento libre del menor de 16 años, implica otorgar capacidad de decisión o plena disponibilidad de la libertad sexual, siempre que exista proximidad de edad en comparación con la edad del menor y proximidad en grado de desarrollo o madurez.

Este reconocimiento vertebró el contenido de la indemnidad sexual por la , identificación como barrera de protección infranqueable frente a comportamientos sexuales externos, otorgándose validez al consentimiento emitido por menores de 16 años siempre y cuando desarrollen un comportamiento sexual con otros cercanos por edad y grado de desarrollo o madurez.

No obstante, la introducción de la cláusula contenida en el artículo 183 quater era necesaria desde el momento en el que la edad de consentimiento sexual se eleva a los 16 años, puesto que de no haberse incluido se hubieran producido circunstancias tales como:

- Las experiencias sexuales de los ciudadanos españoles comienzan antes de los 16 años y fijar exclusivamente la edad para consentir en materia sexual en la citada edad hubiese sido un error. Según la investigación realizada por la Liga Española de la Educación –refrendada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en donde se mide la edad de realización del primer acto sexual entre menores de 14 años a 16 años en diversos centros educativos de Madrid, Zamora, Salamanca, Almería y Jaén–, el 72,10 % de los jóvenes que habían mantenido relaciones sexuales, tuvieron su primer encuentro sexual antes de los 16 años.
- Existe una contradicción entre la capacidad para contraer matrimonio a través de dispensa y la capacidad para consentir en materia sexual, es decir, existe tal contradicción en el sentido de que una persona de 14 años pueda contraer matrimonio civil de acuerdo con el artículo 48 CC y no pueda mantener relaciones sexuales hasta cumplir los 16 años.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

### **Legislación:**

Código Penal Civil General de Noruega (Ley Nº 10 de 22 de mayo de 1902, modificada por la Ley Nº 131 de 21 de diciembre de 2005)

Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Publicada en el Diario Oficial de la UE el 17 de diciembre de 2011.

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, páginas 94858 a 94879 (22 págs.).

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. Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.).

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.

### **Libros y revistas:**

AGUILAR CÁRCELES, M.M., “Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015”, en Morillas (dir.), Dykinson, Madrid, 2015.

ARENALDI RÍOS, J., “El consentimiento en materia penal”, en *Política criminal nº1*, 2006, págs. 1-37.

BLANCO CORDERO, I., “Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233”, en Gómez (dir.), t. II, Aranzadi, Pamplona, 2015.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., en *Derecho Penal. Parte Especial* (Romeo / Sola / Boldova Coords.), Comares, Granada, 2016, Págs. 191-236.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

DÍAZ CORTÉS, L.M, “El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2138, 2012, págs. 2-24.

GARCÍA-MIJÁN LOBATO, M., “El consentimiento de los menores para mantener relaciones sexuales con adultos. Protección del menor y autonomía de la voluntad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miguel*, Vol. I, 2014, págs.1717-1724.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, en Matallín (coord.), 2ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.

MEDINA CHACÓN, A., “Una nueva cara de Internet: el acoso”, [http://www.acosomoral.org/pdf/Art\\_NUEVA\\_CARA\\_INTERNET\\_ACOSO\\_ETIC@NET\\_2003.pdf](http://www.acosomoral.org/pdf/Art_NUEVA_CARA_INTERNET_ACOSO_ETIC@NET_2003.pdf) , fecha: 22/02/2016.

DÍAZ MORGADO, C., en “Comentarios al Código Penal reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, en Corcoy et al. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MIRÓ LLINARES, F., “Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio” en *IDP: revista de Internet, revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, nº 16, 2013, págs. 61-75.

MONGE FERNÁNDEZ, A. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010” en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* ISSN 0718-302X, Nº. 15, 2010, págs. 85-103.

MUÑOZ CLARES, J., “Doctrina final del Tribunal Supremo sobre el régimen de las presunciones en Derecho Penal y, particularmente, sobre la presunción de in consentidas relaciones sexuales con menores de 13 años. Análisis de las SSTs (Sala Segunda) 411/2006, de 18 de abril, y 476/2006, de 2 de mayo”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº6, 2006, págs.1-10.

MUÑOZ CLARES, J., “La presunción de in consentidas de las relaciones sexuales con menores de 13 años”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº2, 2004, págs. 1-20.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012 y 2013”, en el *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t.65, 2012, págs. 179-224.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual artículo 183 bis y artículo 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de la reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2014, págs. 1-25.

SIERRA CARO, J.A., “La protección penal del menor y de la persona con discapacidad en los delitos sexuales”, en *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, nº131,2015, págs. 69-92.

TASCÓN GONZÁLEZ, M.M, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, págs. 207-258.

### **Jurisprudencia:**

SAP de Almería (Sección 1), de 1 de abril de 2002, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6) 234/2015, (Roj: SAP TF 1806/2015), de 16 de marzo de 2001, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

SAP de Zaragoza (Sección 1) 155/2015, de 15 de junio de 2015, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

SAP de Zaragoza (Sección 1) 196/2015, de 20 de julio de 2015, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

SAP Madrid (Sección 1) 864/2015 (Roj: STS 5809/2015), de 10 diciembre de 2015, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 1241/1997, de 17 de octubre de 1997, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 1302/2000 de 17 de julio de 2000, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3202307&links=%221302%2F2000%22&optimize=20030808&publicinterface=true>

STS 16/2016, de 20 de enero de 2016, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 1619/1998, de 22 de diciembre de 1998, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 1709/2002, de 15 de octubre de 2002, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/cp-620-15372045>

STS 264/2012, de 3 de abril de 2012, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/corrupcion-abuso-sexual-pornografia-ca-367851630>

STS 266/2012, de 3 de abril de 2012, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-vencible-edad-367851642>

STS 355/2015, de 28 de mayo de 2015, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/576046454>

STS 411/2006, de 18 de abril de 2006, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invencible-20782288>

STS 469/2013, de 5 de junio de 2013, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/-441387522>

STS 527/2015, de 22 de septiembre de 2015, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/585618690>

STS 702/2013, de 1 de Octubre de 2013, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/469056762>

STS 796/2007, 1 de Octubre de 2007, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/1-cp-34439047>

STS 81/2016, de 21 de enero de 2016, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

STS 823/2015, de 24 de febrero de 2015, disponible en <http://www.poderjudicial.es/movil/GetDocument.do?from=public&reference=7331161>

STS 87/2011, de 9 de febrero de 2011, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/259807478>

STS 928/1999, de 4 de junio de 1999, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/17716668>

STS 97/2015, de 24 de febrero de 2015, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/563109846>

### **Recursos de internet:**

El estudio de BRINGUÉ, Xavier & SÁDABA, Charo: “La generación interactiva en España, Niños y adolescentes ante las pantallas” de 2009, disponible en <http://docplayer.es/3602245-La-generacion-interactiva-en-espana-la-generacion-interactiva-en-espana-ninos-y-adolescentes-ante-las-pantallas-resumen-ejecutivo.html>.

Fecha: 27/02/2016.

El Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres por el Instituto Nacional de las Tecnologías de la Comunicación, disponible en <http://www.pantallasamigas.net/estudios-realizados/pdf/inteco-estudio-uso-seguro-tic-menores.pdf>. Fecha: 27/02/2016

La Encuesta de Salud y Hábitos Sexuales, realizada en 2003 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), disponible en [http://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalleGratis&c=INEPublicacion\\_C&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&cid=1259931856701&L=0](http://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalleGratis&c=INEPublicacion_C&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&cid=1259931856701&L=0) y [http://www.ine.es/revistas/cifra/cifra\\_sida0704.pdf](http://www.ine.es/revistas/cifra/cifra_sida0704.pdf)

Las 15 claves de la reforma del Código Penal, disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9285-las-15-claves-de-la-reforma-del-codigo-penal/>. Fecha: 18/03/2016.