

Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual *

Norberto J. de la Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-20, pp. 1-70.
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-20.pdf>

RESUMEN: ¿Cuándo se alcanza la edad para poder decidir en libertad real cómo se quiere vivir la sexualidad personal? El legislador español no parece tenerlo muy claro ya que a lo largo del articulado del Código penal vigente se van utilizando, sin aparentemente mucho criterio, o por lo menos sin un criterio claramente explicado, diferentes edades que indican, por ejemplo y sin sentido, que una persona puede tener relaciones sexuales plenas con mayores de dieciséis años pero no distribuir entre éstos pornografía. Es necesaria una revisión de los tipos penales que tutelan la indemnidad-libertad sexual del menor, partiendo de la convicción de que la “sexualidad” no puede concebirse como algo negativo.

PALABRAS CLAVE: Acceso tecnológico a menores, libertad sexual, indemnidad sexual, ciberacoso sexual, protección penal del menor, derecho penal sexual, edad de maduración sexual.

TITLE: **Legal treatment of the minor's age in the criminal protection of their correct sexual development process**

ABSTRACT: When is the age to decide in real freedom how you want to live personal sexuality? The Spanish legislator does not seem to have it very clear since throughout the articles of the current Criminal Code they are being used, without seemingly a lot of criteria, or at least without a clearly explained criterion, different ages that indicate, for example and without meaning, that a person can have full sexual relations with people over sixteen but not distribute pornography among them. A review of the criminal types that protect the sexual indemnity-freedom of the child is necessary, based on the conviction that “sexuality” cannot be conceived as something negative.

KEYWORDS: Online child grooming, sexting, sexual freedom, sexual indemnity, sexual cyber-bullying, criminal protection of minors, sexual criminal law, age of sexual maturation.

Fecha de publicación: 10 diciembre 2019

Contacto: norbertojavier.delamata@ehu.es

SUMARIO: I. Introducción. II. El sujeto pasivo en los delitos contra la indemnidad sexual del menor. III. Reformas y regulación actual del Código Penal en materia de tutela de la indemnidad/libertad sexual de los menores. 1. Abusos y agresiones sexuales. 1.1. Abusos y agresiones sexuales genéricos. 1.2. Abusos y agresiones a menores de dieciséis años. 2. Child grooming. 3. Acoso sexual. 4. Exhibicionismo y provocación sexual sobre menores de edad. 5. Prostitución y explotación sexual de menores de edad. 6. Pornografía infantil. 6.1. Regulación de las conductas delictivas. 6.2. El concepto de pornografía infantil. IV. La justificación en las distintas Reformas del Título VIII de las modificaciones en la tutela sexual del menor. 1. La consideración de la edad del menor y de la necesidad de una tutela reforzada en Exposiciones de Motivos y Preámbulos. 2. La normativa europea y su traslación a la regulación española. 2.1. Primeras propuestas. 2.2. Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001. 2.3. Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. 2.4. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos 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. 2.5. La adaptación de la regulación española de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual de los menores a la normativa europea. V. Edad de los menores víctimas de delitos sexuales en el Código Penal. 1. La edad del sujeto pasivo en los tipos básicos de delincuencia sexual. 1.1. Menor de dieciséis años como sujeto pasivo: la denominada edad de consentimiento sexual en los delitos de abuso y agresión sexual y en el delito de child grooming. 1.2. Menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis años como sujeto pasivo. 1.3. Menor de dieciocho años como sujeto pasivo. 1.3.1. Exhibicionismo y provocación sexual. 1.3.2. Prostitución y explotación sexual. 1.3.3. Pornografía infantil. 2. La edad del sujeto pasivo en los tipos agravados de delincuencia sexual. 3. La cláusula del art. 183 quater. VI. Reflexión final. Bibliografía.

* Artículo desarrollado en ejecución de la investigación realizada dentro del Grupo consolidado de investigación GICCAS IT-1372-19 y del Proyecto DER2017-83329-R “La integración social del menor víctima a partir de una tutela penal reforzada” financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. ORCID ID del autor: 0000-0003-2308-5687.

I. Introducción

La condición de menor de dieciocho años se tiene en cuenta en distintos artículos del Código Penal español vigente para proponer una tutela reforzada de la misma. Ocurre así en el ámbito de los delitos de lesiones (arts. 149.2 inciso 2º, 152.1.2º, 152.2, 153.2, 153.3 y 155), delitos contra la libertad (arts. 165, 171.5 pfo. 1º, 171.5 pfo. 2º, 172.2 pfo. 2º, 172.3 pfo. 2º, 172 bis 1 y 3, 172 bis 2 y 3 y 172 ter 2), delitos contra la integridad moral (173.2 pfo. 1, 173.2 pfo. 2, 173.4 pfo. 1º y 174.2), delitos de trata de seres humanos (arts. 177 bis 2, 177 bis 4 pfo. 1º a) y b), 177 bis 4 pfo. 2º, 177 bis 5 inciso 2º, 177 bis 6 pfo. 1º incisos primero, segundo y tercero y 177 bis 6 pfo. 2º), delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (arts. 197.5 y 197.7 pfo. 2º), delitos contra las relaciones familiares (arts. 221.1, 221.2, 222 pfo. 1ª, 223, 224 pfo. 1º, art. 224

pfo. 2ª, 225 bis 1, 229.1, 2 y 3, 230, 231.1 y 2 y 232.1 y 2), delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (271 d) y 276 d), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311 bis a), delitos contra la fauna (art. 337.2 d), delitos contra la salud pública (arts. 362 quater 2ª b), 362 quinquies 2.1ª, 369.1.4ª y 370 pfo. 1º 1), delitos contra la Administración pública (art. 443.2), delitos contra la Constitución (art. 533), delitos contra el orden público (577.2 pfo. 3º) y en el de los delitos contra la Comunidad internacional (arts. 607 bis 2. 9º pfo. 3º y 612.3º).

Una protección que excluye a los menores de dieciséis y diecisiete años la ofrece el Código en los delitos de homicidio (art. 140.1.1º) e, indirectamente, en los delitos patrimoniales (art. 235.2.8º).

Y una protección que alcanza sólo a los menores de doce años en los delitos de lesiones (art. 148.3º).

A los sujetos “especialmente vulnerables por razón de edad” (o situaciones asimilables) se les reconoce una tutela específica en los delitos de homicidio (art. 140.1.1º), en los delitos contra la libertad (art. 172 ter 1 pfo. 2) y en los delitos contra el patrimonio (art. 268.1).

Pues bien, todas estas “minorías de edad” (en vez de los doce años se atienden los cuatro años de edad) se contemplan en el Título VIII del Libro II del Código dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación a los delitos de agresión sexual, abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores y en los vinculados a la pornografía¹. Ello no tendría por qué llamar la atención en principio. Estamos ante un ámbito que parece ser especialmente sensible en el desarrollo y maduración de niños y jóvenes y el legislador trata con las distintas previsiones de ofrecer una tutela reforzada que ayude a garantizar (penando a quien la impide) una lo más plena posible autorrealización personal sexual. Esto es, al menos, lo que debiera ser. Pero en esta tarea existe mucha confusión. En primer lugar, porque el legislador acude a distintas edades, cuatro, dieciséis, dieciocho sin una explicación bien fundamentada² (salvo las habituales apelaciones a las demandas de la normativa internacional) y, sobre todo, porque las distintas edades se van utilizando en los distintos delitos sin uniformidad y con muchas contradicciones. A ello se dedican estas páginas, a describir (e intentar entender y explicar) qué edades utiliza el Código, en qué delitos, con qué motivación (cuando la ofrece) y qué es lo que ello implica. Adelantando ya desde ahora que no se observa un criterio lógico de tratamiento del menor de edad en su tutela sexual que sepa explicar, en la realidad

¹ Un completo trabajo sobre ello, en RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad, Sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013. Recientemente, CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la Política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019.

² Véanse las críticas y propuestas alternativas del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

actual, cómo se desarrolla y cómo debe desarrollarse una sexualidad plena y ajena a modelos, no por mayoritarios (si es que lo son) un tanto obsoletos.

Se van a atender las distintas Reformas que desde 1995 han ido modificando el Código Penal en el ámbito de la tutela sexual tratando de encontrar alguna “evolución legislativa racional” en el tratamiento de la edad del menor. Se van a analizar las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, 11/2003, de 30 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, buscando las explicaciones (más que razonamientos) del legislador para los distintos cambios normativos. Y lógicamente se va a acudir a la regulación internacional que es la que, más que una nueva realidad criminal demostrada mediante estudios, estadísticas o cualquier otra clase de dato empírico, ha condicionado tales reformas; eso sí, a la par que una “mayor sensibilización” de cierto componente alarmista que es cuando menos discutible vaya en beneficio del menor a quien se intenta “¿proteger?”. También ya adelantando que lo que de entrada se observa es, según se interprete, una tutela reforzada del menor en este ámbito con incremento de las penas de las conductas en las que está involucrado como víctima o, desde otro prisma interpretativo, una concepción que pretende retrasar al menor en el ejercicio de su sexualidad.

II. El sujeto pasivo en los delitos contra la indemnidad sexual del menor

Aceptando que en los delitos del Título VIII del Código se protege, como indica su rúbrica, la libertad e indemnidad sexuales, y entendiendo que éstas deben venir siempre referidas a una persona individual, el sujeto pasivo de los distintos tipos delictivos que refieren conductas en las que están implicados menores de edad habrá de entenderse que lo es la persona de dieciocho, dieciséis o cuatro años o, en su caso, la especialmente vulnerable por razón de edad implicadas en el acto con contenido sexual de que se trate.

La normativa internacional insiste últimamente en que todo sujeto de menos de dieciocho años es un niño. Así, ya la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (de la que forma parte España desde 1990), que ha incidido en las modificaciones del Código Penal español en este sentido, endureciendo la intervención penal (en sí misma como en los compromisos que España ha adquirido con posterioridad a ser parte de dicho instrumento internacional, tales como el Protocolo Facultativo sobre la venta, la prostitu-

ción infantil y la utilización de los niños en la pornografía)³, dirá en su art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La mayoría de edad, no la edad para que se admita que puede expresar un consentimiento libre, al menos en materia sexual.

Esta edad de dieciocho años la utiliza el legislador español, sin embargo, no en todos los delitos sexuales. Y, al margen de las edades ya referidas, para definir a la víctima del delito utiliza incluso el término “infantil” o la expresión “escaso desarrollo intelectual o físico”. ¿Es que el bien jurídico común para todos los delitos es una indemnidad sexual (en los términos discrepantes en que pueda definirse ésta) que ha de entenderse de modo diverso en cada uno de los preceptos del Título VIII en función del grado de lesividad de agresión al menor? ¿Es que estamos ante bienes jurídicos distintos en cada infracción típica?

Fue con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/1999 con la que el Código Penal introdujo el término “indemnidad sexual” en la propia rúbrica del Título VIII.

Mientras la libertad sexual refiere la capacidad de decisión del sujeto sobre sus relaciones sexuales, si quiere mantenerlas o no y en qué condiciones (vertiente positiva), así como su derecho a no llevar a cabo actividades de índole sexual si no es su deseo (vertiente negativa de la libertad sexual), la idea de indemnidad apela al derecho de las personas que no tienen (todavía o nunca) esa capacidad de decisión sobre su vida en materia sexual, pero cuyo correcto proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad ha de protegerse frente a injerencias de terceros, teniendo en cuenta el gran impacto que a determinadas edades (al margen de lo que concierne a la cuestión de la discapacidad) puede tener un comportamiento vinculado al sexo que interfiera artificialmente en dicho proceso evolutivo⁴. En el ámbito de este trabajo no interesa tanto aludir a la lesión de la libertad del menor en relación con posibles comportamientos sexuales no consentidos (aceptando por supuesto el mayor contenido de injusto que reflejará el correspondiente comportamiento típico, la idea de quiebra de la libertad sexual será similar ya se trate de un menor, ya de un mayor), sino a la de indemnidad respecto a aquellos otros que sí lo son.

Pues bien, respecto a ella el apartado XIII del Preámbulo 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, que introduce el entonces nuevo art. 183 bis, subraya que en el ámbito de los delitos sexuales contra menores, conductas, afirma en mi

³ En detalle, PUYÓ MARIN, “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, en LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS, (Coordinadores), *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, pp. 125 y ss.

⁴ Sintéticamente, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 187 a 189.

opinión con razón, con un mayor contenido de injusto, no sólo se lesiona 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”. Es cierto que en ocasiones (lo hace el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010) se alude acumulativamente tanto a la indemnidad sexual como a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, pero, como con razón explican varios autores, perfectamente puede entenderse que éstas forman parte de aquélla⁵ o incluso la definen. Y, desde aquella idea, la necesidad de castigar penalmente, lo que es sin duda ya mucho más discutible, “las conductas que una persona adulta desarrolla a través de [Internet y las tecnologías de la información y la comunicación] para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual”.

Esta finalidad se refleja en la propia redacción típica del precepto, que ya en su primera versión de 2010 exige se actúe “a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189” del Código (en la nueva redacción de 2015 delitos de los artículos 183 y 189). No cualquier otro. Finalidad, por tanto, de contenido sexual contra menores (de dieciocho años, de dieciséis, de la edad que cada legislador decida) que de materializarse conlleva, y aquí apenas ya hay discusión, la lesión de su indemnidad (o intangibilidad) sexual⁶. Una indemnidad sexual

⁵ Por todos, expresamente sobre este precepto, FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 155 y ss. Refiriéndose en general a los delitos de abuso y agresión sexual, BOIX REIG, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en BOIX REIG (Director), *Derecho Penal: Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Madrid: Iustel, 2ª ed., 2016, p. 390. Autoras como MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona: Bosch, 2011, pp. 76 y ss. han defendido la pluralidad de bienes protegidos por darse amparo, además, dirá, no sólo a la indemnidad sexual y a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, sino incluso a su dignidad y a su vida; y PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en *Diario La Ley*, n° 7915, 2012, pp. 1 y ss., en relación al concreto delito que analiza, que se da una doble protección de indemnidad y formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor en cuanto lo que se trata es de evitar que el menor sea sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual cuando alcance la edad para poder otorgar consentimiento, añadiendo la posibilidad de aparición de patologías clínicas. Pero es que en esto consiste la idea de indemnidad, situación o estado de indemne, esto es de ausencia de daño a pesar del peligro existente. El respeto al correcto proceso de formación de una cultura sexual como cada cual pueda llegar a entenderla en el momento de maduración personal es lo que garantiza la indemnidad sexual del menor. Es lo que garantiza que llegado el momento, a pesar de la situación de riesgo en que el mismo se encuentra (por el simple hecho de su edad, que le impide conocer y comprender plenamente, como luego lo hará, todo lo que le rodea), y con independencia de la discusión sobre el límite de edad que permite entender finalizado dicho proceso, no se produzca daño alguno que le impida la normalidad que permitirá dar expresión libre a su condición, preferencia y actividad sexual. No hay pluriofensividad alguna, sino concreción de lo que significa la idea de indemnidad.

⁶ Así se entiende hoy en día mayoritariamente, considerando insuficiente el concepto de libertad sexual respecto a sujetos sin capacidad, por su edad, de autodeterminarse de modo libre y consciente, máxime desde el cambio de rúbrica del Título con la Ley Orgánica 11/1999, explicado en el párrafo cuatro de su Exposición de motivos por la carencia en menores e incapaces de la necesaria formación para poder considerar su voluntad

que evoca la necesidad de proteger a menores de edad frente al riesgo de sufrir un daño en el desarrollo de su sexualidad que les impida, llegado el momento, ser realmente libres para decidir sobre ella. Eso es la indemnidad: la ausencia de daño en una situación en que se está en mayor peligro de poderlo sufrir. Se trata en definitiva de evitar interferencias que, por motivos espurios, condicionen un proceso de formación que requiere un tiempo que es el que ha de llevar progresivamente a una situación en que la capacidad de decisión sobre lo que se desea o no sexualmente sea realmente libre.

Si esto es así, y aquí al menos así se entiende, la cuestión será la de definir cuándo, a partir de qué edad esa indemnidad deja de poder afectarse con la relevancia que exige la intervención del Derecho Penal y por qué. ¿Se afecta con el visionado de pornografía adulta? ¿Desde qué edad? ¿Y con el aprendizaje sexual con un mayor? ¿Desde qué edad? ¿Y en el intercambio de desnudos de contenido “sexual”? ¿Desde qué edad? ¿Y en las relaciones sexuales de contacto corporal? ¿Desde qué edad? ¿Y cuáles de estos comportamientos, y otros muchos, son de más intenso componente psicológico-sexual como para entender que frente a ellos se ha de ser más precavido penamente hablando? ¿Cómo entendemos que ha de desarrollarse un comportamiento de desarrollo sexual pleno? ¿Y desde qué edad? ¿Dónde fijamos, en definitiva (y para qué supuestos), la edad de consentimiento sexual válido por debajo de la cual ha de entenderse que el emitido no tiene validez alguna (o la tiene menor) porque la indemnidad está en juego?⁷

El Código Penal parece entender en su art. 183, un tanto ajeno a la realidad social, que la edad clave es la de los dieciséis años. Sin embargo, también protege al menor que incluso supera esa edad, aunque no quiera ser protegido. Y lo hace en delitos de aparente menor carga lesiva (así lo acepta el propio legislador en función de las penas que prevé para ellos). La contradicción parece evidente. Y o entendemos que estamos ante un problema de técnica legal en el que diversas reformas inconexas, asistemáticas e irracionales han ido llevando a la situación actualmente existente. O realmente estamos ante distintos objetos de protección (que habría que

verdaderamente como libre. Aunque autores como, significativamente, DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985, pp. 23 ss., insistieran en que es posible defender como bien jurídico protegido la libertad sexual entendiendo simplemente que los menores no están transitoriamente en condiciones de ejercerla. Críticamente, ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 18 y ss., que defienden como objeto de protección el proceso de formación y socialización de menores e incapaces. En todo caso, el legislador ha optado por introducir legalmente el concepto de “indemnidad” y, con independencia de precisiones terminológicas, todas las posturas reconocen cierto grado de capacidad de decisión a los menores, no a todos (sí de doce, trece, dieciséis o dieciocho años), pero no una plena autonomía, que puede no llegar a adquirirse realmente si en el proceso de formación se producen interferencias. Es lo que trata de reflejar, con mayor o menor acierto (y a riesgo de extender el ámbito de tutela por la quizás falta de concreción del término) dicho concepto.

⁷ Una completa recopilación de estudios y estadísticas en torno a los menores víctimas de violencia sexual en España, en la Unión Europea y en el panorama internacional, en HELLMÉR, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

identificar y definir, al margen de genéricas afirmaciones sobre la tutela de la infancia) o ante un modo de entender la sexualidad en que determinadas actividades (por ejemplo, la pornografía) se consideran en sí mismas negativas en el ejercicio de la sexualidad (en relación a la mejor valorada relación sexual coital), aun adulta.

III. Reformas y regulación actual del Código Penal en materia de tutela de la indemnidad/libertad sexual de los menores

1. *Abusos y agresiones sexuales*

Aunque no constituye el tipo de delincuencia sexual más frecuente⁸, seguramente es la que mayor alarma social genera y la que más cabe asociar a una concreta respuesta política condicionada claramente por un rentismo electoral. De ahí, sin conexión a mandato internacional alguno, las diferentes reformas que, desde 1995, han ido endureciendo la respuesta penal a las distintas conductas delictivas.

1.1. *Abusos y agresiones sexuales genéricos*

En lo que respecta a las agresiones sexuales, el tipo básico se encuentra desde la aprobación del Código Penal de 1995 en el art. 178 y el tipo cualificado, denominado hoy violación, en el art. 179. Ya desde entonces el art. 180 recoge una serie de tipos cualificados cuya pena de prisión era, en el Código de 1995, de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178 y de doce a quince años para las del art. 179. Entre ellos se encontraba el ser la víctima una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, entre otros factores (art. 180.3^a).

La Reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, y al margen de otras modificaciones ajenas al objeto de este trabajo⁹, modificó este tipo agravado, añadiendo que la cualificación se aplicaría también cuando la víctima fuera menor de trece años.

⁸ Sobre distintos datos estadísticos de los años 2014, 2015 y 2016, MARCO FRANCIA, “Sexualidad, violencia y Derecho penal”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 130, 2018, pp. 1 y ss.

⁹ Véase la excelente exposición crítica sobre ello de BOIX REIG y ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor: Aranzadi, 2001, pp. 1013 y ss., señalando expresamente que: “Por consiguiente, en nuestra opinión, la anterior regulación era en líneas generales suficiente en este orden de cosas, resultando un tanto precipitada su remodelación, habida cuenta del poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, que no ha permitido valorar de manera global el juego que podía dar y sus posibles carencias. Lo que nos lleva a pensar en una decisión -la de reformar el Título VIII-, básicamente política, inspirada en la idea, asumida o no, de que un endurecimiento de las penas y un ensanchamiento de los marcos típicos asegura una mejor protección para el bien que se quiere resguardar [...] y en la búsqueda de un reconocimiento popular para afrontar con ‘energía’ la resolución de un problema grave”. Asimismo, las consideraciones de GARCÍA ARÁN, “Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° XII, 1999, pp. 63 y ss..

La Ley Orgánica 5/2010¹⁰ modifica el art. 180 en su conjunto y aumenta la pena. La redacción de la circunstancia cualificada de ser la víctima especialmente vulnerable, por razón de su edad, se cambió proponiéndose el texto que ha permanecido hasta hoy: “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183”. Lógicamente, en la actualidad ha de entenderse que esta vulnerabilidad debe afectar a víctima mayor de dieciséis años, al otorgarse un tratamiento específico a las agresiones a menores de dieciséis años.

En lo que concierne a los abusos sexuales, el tipo básico se encuentra en el art. 181.1. En él, concebidos como abusos no consentidos, los que se cometían sobre menores de doce años constituían un tipo agravado que permitían la imposición de una pena de prisión de seis meses a dos años. El art. 182 incrementaba la pena (de cuatro a diez años de prisión) cuando el abuso sexual implicara acceso carnal, introducción de objetos o penetración. La pena habría de imponerse en su mitad superior si la víctima era especialmente vulnerable por razón de su edad¹¹.

En 1999 se aumentó la pena del art. 181.1, pasando a ser de prisión de uno a tres años o de multa de dieciocho a veinticuatro meses. Asimismo, el tipo cualificado referido a la edad de la víctima se modificó, elevándose la edad de doce a trece años (art. 181.2)¹², con independencia de que su desarrollo psicológico permita afirmar que poseen madurez suficiente para consentir de forma libre al contacto sexual, cerrándose definitivamente por el legislador el paso a las relaciones sexuales de menores de trece años¹³.

¹⁰ Reforma de trascendencia en el ámbito de los delitos sexuales y criticada especialmente por el endurecimiento penal que acometió: por todos, considerándola un reflejo del exacerbado punitivismo del Derecho penal de los últimos años, CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 80, 2011, pp. 1 y ss. Véase también CARUSO FONTÁN, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, en *Revista Penal*, nº 28, 2011, pp. 29 y ss.

¹¹ Entre otras, LAMARCA PÉREZ, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, nº 27, 1996, p. 59, criticaba abiertamente esta agravación, argumentando que si la víctima menor de doce años consentía y se entendía que había abuso por cuanto el consentimiento carecía de validez por debajo de esa edad, no debía poder agravarse el abuso sexual por ser la víctima menor de doce años sin conculcar el principio de *non bis in idem*. A este respecto, señalaba que: “[...] Quizás, como indica Orts, cabría distinguir aquí si la relación ha sido o no consentida por el menor y sólo en el segundo supuesto, más grave obviamente por afectar en mayor medida al desarrollo sexual, podría aplicarse la circunstancia sin vulnerar el principio *non bis in idem*”.

¹² Presunción iures et de iure, aunque minoritariamente se haya afirmado lo contrario: entre otros, MUÑOZ CLARES, “Estudio jurisprudencial sobre la presunción de in consentimiento a efectos sexuales por menores de 13 años de edad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 3 y ss.

¹³ Véase GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 5, 2005, pp. 136 y 137. Autores como TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 131 y 132, entendían que el consentimiento del menor sí debería poder ser tenido en cuenta cuando las prácticas sexuales se producen entre dos personas de esa edad, sin que medie ningún tipo de aprovechamiento ni manipulación, como ahora ya prevé la cláusula del art. 183 quater.

Esta variación de los doce a los trece años fue criticada en su momento por carecer de razón psicológica o biológica alguna que la fundamentara, señalándose que respondía al único propósito legal de endurecer estos delitos¹⁴. Gráficamente señalaba Tamarit Sumalla que: “En los delitos de abusos sexuales, la extensión del límite de edad que separa los dos regímenes de protección penal de los menores de edad hasta los trece años rompe sin motivo suficiente con una tradición legislativa inalterada hasta el momento y con un criterio que resultaba consecuente con otras decisiones de política legislativa relativas a la fijación de límites de edad, y lo hace en un sentido contrario precisamente a la evolución de la sociedad en materia de costumbres sexuales de la adolescencia”¹⁵. Carmona Salgado señalaría que los doce o los trece años constituían opciones discutibles u opinables desde una perspectiva político criminal y que, en todo caso, el cambio, que ciertamente rompía con el criterio tradicionalmente utilizado para fijar el umbral de la edad penalmente protegida en este delito, resultaba considerablemente más acertado que la pretensión recogida en el Anteproyecto de la Ley por la cual pretendía elevarse ese tope hasta los quince años, pretensión, a su juicio y con razón, desorbitada¹⁶.

Además, con esta reforma de 1999 se añadió un apartado 4 al art. 181, en virtud del cual la pena se imponía en su mitad superior si la víctima era especialmente vulnerable por su edad y en todo caso menor de trece años. Pero, al igual que antes se señalaba, si por ser la víctima que consiente menor (ahora) de trece años (y no de doce) se aplicaba el art. 181.2, por entenderse irrelevante el consentimiento, la aplicación del art. 181.4 para agravar el abuso sexual por la misma consideración de ser la víctima menor de trece años habría de entenderse conculcaba el principio de *non bis in idem*¹⁷, a pesar de alguna afirmación en sentido contrario¹⁸.

¹⁴ Entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 212.

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, *La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía de Menores*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 55.

¹⁶ CARMONA SALGADO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales”, en COBO DEL ROSAL (Director), *Compendio de Derecho penal español*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 210. También, posteriormente, en “Protección penal de los menores en el marco de algunos supuestos agravados del art. 180 CP”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, p. 204.

¹⁷ Tras la Reforma, SUBIJANA ZUNZUNEGI, “La victimología infantil: niños víctimas de agresión sexual y sistema judicial”, en *Eguzkilore*, nº 13, 1999, p. 73. También, BOIX REIG y ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre la reforma”, op. cit., pp. 1019 y 1020; o CARMONA SALGADO, “Protección penal de los menores”, op. cit., pp. 207 y 208.

¹⁸ Así, señalaba CASTELLO NICÁS, “La agravante ‘víctima especialmente vulnerable por razón de su edad’ en el delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de 13 años y la posible vulneración del principio non bis in idem”, en *Actualidad Penal*, 1999, pp. 717 y ss.: “[...] No cabe duda de que la agravante de «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del art. 182.2, será de apreciación siempre que el sujeto pasivo sea menor de trece años, aun cuando dicho abuso sexual lleve implícito precisamente el tratarse de un o una menor de trece años, puesto que las conductas sexuales del art. 182 (acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal) conllevan un plus de antijuricidad en relación con cualquier otro atentado a la indemnidad sexual de un menor, motivo por el cual, la pena es superior [...] que la

En la última reforma que experimenta el art. 181, la operada por la Ley Orgánica 5/2010, desaparece de su apartado segundo el tipo cualificado relativo a ser la víctima menor de trece años.

En 1995 se contemplaba también entre estos delitos la figura del entonces art. 183 (hoy art. 182), que castigaba a quien con engaño cometiera abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis con pena de multa de doce a veinticuatro meses (y pena de prisión de seis meses a tres años si se producía mediante acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal).

En 1999 se modificó el precepto elevándose también aquí la condición de víctima a todo menor de trece años, no ya de doce, y añadiéndose a la pena de multa la alternativa de pena de prisión de uno a dos años. También se aumentó la pena del tipo agravado por mediar acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías.

El precepto cambió de ubicación con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 pasando a ser el actual art. 182, que se reforma en 2015, para elevar las edades de trece y dieciséis años hasta los dieciséis y dieciocho actuales.

Precepto extraño entonces y extraño ahora al recoger un supuesto perfectamente abarcable por los tipos anteriores (abuso de superioridad), que se privilegia con una pena menor. En su momento quizás ideado para supuestos de promesa matrimonial, hoy en día carece de sentido.

En síntesis, en la actualidad en las agresiones y abusos genéricos contra mayores de dieciséis años (edad por debajo de la cual se aplican los tipos específicos que ahora se verán del Capítulo II BIS) se hace alusión a la edad de la víctima en el art. 180.1.3ª para agravar la pena de la agresión sexual y de la violación si la víctima es especialmente vulnerable por razón de su edad; en el art. 181.5 para agravar los abusos si concurre dicha circunstancia; y en el art. 182 de abuso mediante engaño o posición reconocida de confianza, autoridad o influencia, para aplicar el delito cuando la víctima es mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho, cualificándose el tipo si el abuso se produce con acceso carnal y agravándose nuevamente la pena si el abuso con acceso se da concurriendo la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima.

1.2. *Abusos y agresiones a menores de dieciséis años*

El vigente Capítulo II BIS del Título VIII del Código, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, se introduce con la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010 haciéndose alusión, hasta la Reforma de 2015, a los menores de trece años.

establecida para las conductas del art. 181 [...]; pero es que, además de poseer una mayor antijuricidad, implican necesariamente un mayor daño para el bienestar psíquico del menor de trece años, por la especial vulnerabilidad de éste en relación a este tipo de actuaciones”, razonamiento que no explica de modo convincente cómo no entender vulnerado el *non bis in idem*.

En los preceptos de este Capítulo se tipifican conductas ya sancionadas penalmente antes de 2010, pero dotándolas de una autonomía sistemática¹⁹ no exenta de críticas. Por una parte, según se explicó entonces, porque se ofrecía una tutela prácticamente similar a los mayores de edad y a los menores de entre trece y dieciocho años; por otra porque no se suprimió el considerado anacrónico abuso fraudulento del art. 182²⁰; ello al margen de la propia discusión sobre lo acertado o no de escoger la edad de trece años como edad límite y de la discusión sobre la necesidad de un Capítulo independiente.

Las conductas tipificadas, nucleadas con mayor o menor a cierto en torno a la idea de indemnidad y a la necesidad de tutelar el derecho del menor a no verse involucrado en contextos de naturaleza sexual que puedan afectar a un adecuado proceso en su formación, evolución y desarrollo en el ámbito sexual, son similares a las que se establecen para los mayores de dieciséis años, con alguna variación y, eso sí, considerable mayor penalidad.

Importante es señalar que el tipo básico del hoy art. 183.1 tipifica la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años como delito de abuso sexual sin referencia alguna al bien protegido, al que sí se hacía referencia en 2010 cuando se hablaba de “actos contra la indemnidad sexual del menor” (desde 2015 “actos de carácter sexual”), evitando con ello le legislador posicionarse sobre el contenido de injusto (libertad-indemnidad-correcto proceso de desarrollo sexual)²¹.

Entre los tipos cualificados del art. 183 aparece (apartado 4.a), el hecho de tener la víctima un escaso desarrollo intelectual o físico que le sitúe en una posición de indefensión y en todo caso ser la víctima menor de cuatro años, regulación que no ha variado en 2015, en referencia a una edad que no aparece en ninguna otra figura delictiva.

Y en el actual art. 183 bis, desde la Reforma de 2015, se ubica el denominado delito del antiguo art. 189.4, que castigaba a quien hiciera participar a un menor en un comportamiento sexual que perjudicara la evolución o desarrollo de su personalidad. Precepto ambiguo donde los haya, objeto de importantes críticas²².

¹⁹ Véase, sobre la dudosa necesidad de la introducción de un capítulo autónomo para el castigo de estas conductas, RAGUÉS I VALLÉS, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ (Director), *El nuevo Código Penal*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 287 y 288.

²⁰ Al respecto, TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales”, op. cit., p. 170.

²¹ Sobre las distintas modificaciones legales, CARUSO FONTÁN, “La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 128, 2017, pp. 1 y ss., que critica especialmente la distinta redacción de los apartados 1 y 2 en cuanto se sanciona la determinación al menor a realizar actos de carácter sexual sobre su cuerpo solo cuando concurra violencia o intimidación, cuestionando que deba entenderse que si se convence a una niña de 10 años a masturbarse, utilizando juegos o mediante cualquier tipo de promesas, la conducta no posea relevancia para ser castigada” (p. 2).

²² Por todos, desde distintas ópticas, GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 3, 2000, pp. 65 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La incorporación del ‘antiguo’ delito de corrupción de menores en el ‘nuevo’ Código penal”, en *Cuadernos de*

El delito actual del art. 183 bis contempla dos conductas típicas: determinar con fines sexuales a un menor de dieciséis años a que participe en comportamientos sexuales o hacerle presenciar, con idéntica finalidad, tales actos, aunque el autor no participe en ellos. Se sustituye el término “hacer participar” por el de “determinar”, se elimina la referencia al perjuicio en el desarrollo de la personalidad del menor, exigencia que constituía elemento de difícil prueba y se introduce la conducta de “hacer presenciar”, todo ello en relación con la aplicación de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (art. 3.2). Ahora bien, el precepto tutela ya sólo a los menores de dieciséis años, no, como en la regulación precedente a los “menores”.

También de este precepto se ha cuestionado su necesidad, entendiéndose que las conductas aquí sancionadas pueden quedar ya abarcadas por el art. 183 -dependerá en todo caso del concepto de “acto sexual”- y aquí con mayor pena, auténtico despropósito para varios autores²³. Recogiendo también el conflicto con el delito de exhibicionismo dirá Orts Berenguer: “El empeño de seguir a pie juntillas las directivas de la Unión europea (a ser más papista que el papa, si se prefiere) lleva en esta ocasión, y no es la única, a tipificar hechos que el CP vigente contempla y sanciona sobradamente. La segunda conducta descrita en el art. reproducido tiene perfecto encaje en el art. 183.1 y 2 CP, cuando el sujeto pasivo es menor de trece años, pues bien pueden reputarse actos que atentan contra su indemnidad sexual; como lo tienen en el art. 185 CP, con independencia de la edad del menor”²⁴. Y en otro orden de crítica, cuestiona la lesividad de la conducta Ramos Vázquez señalando que “[...] el delito comentado supone de algún modo [...] el escalón más bajo de las infracciones sexuales contenidas en este Capítulo del Libro II del Código penal, castigando el mero hecho de incitar a un menor de dieciséis años a interrelacionarse sexualmente con otra persona. Y, siendo así, mi opinión no puede sino ser negativa, al tratarse de un delito carente de contenido lesivo respecto de un menor que ni es coaccionado ni tiene por qué verse afectado en sus bienes jurídicos por el mero hecho de tener relaciones sexuales”²⁵.

Aquí ha de llamarse la atención, aunque haya pasado más desapercibido que es el único caso en que se rebaja la tutela de edad penal, de los dieciocho a los dieciséis años, sin ninguna explicación al respecto, salvo la que da la nueva ubicación

Política Criminal, nº 68, 1999, pp. 321 y ss.; o PÉREZ CEPEDA, “Un ejemplo más de derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores”, en *Actualidad Penal*, nº 21, 2001, pp. 471 y ss.

²³ Entre otros, SUÁREZ-MIRA ROGRÍGUEZ, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 616 y ss.

²⁴ ORTS BERENGUER, *Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código penal y en el Proyecto de 2013*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 10.

²⁵ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2016, poniendo en duda también la conducta de “hacer presenciar” y todo el conflicto concursal que genera el precepto.

del precepto, en el Capítulo II BIS (previsto para menores de dieciséis años) y no en el Capítulo V (previsto para menores de dieciocho años).

2. *Child grooming*

El delito de contacto tecnológico con menores se introduce en el Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010, que creó el nuevo art. 183 bis para adelantar la intervención penal en relación con la comisión de los delitos de agresiones, abusos y pornografía contra menores de trece años o, según se interprete, para tutelar un proceso de formación sexual libre de interferencias en principio nocivas²⁶. El art. 183 ter que surge en 2015, y al que también desde entonces acompaña el delito denominado de embaucamiento, insiste en esta línea²⁷ pero ahora ya en relación a menores de dieciséis años²⁸, con la controvertida cláusula de previsión de consentimiento libre, sólo para los delitos del Capítulo²⁹.

²⁶ Téngase en cuenta, no obstante, que la mayoría de estudios estadísticos demuestran que entre un 80% y un 98% del total de los abusos sexuales cometidos sobre menores se llevan a cabo por conocidos de la víctima en el ámbito académico y familiar, no por el desconocido depredador sexual de Internet, tal y como señala RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 437. Sobre la influencia de las redes sociales en este ámbito delictivo, en detalle, CUERDA ARNAU, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 112, 2014, pp. 5 y ss.; y VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18:02, 2016, pp. 1 y ss.

²⁷ Véase DE LA MATA BARRANCO, “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19:10, 2017, pp. 1 y ss. Detenidamente, el completo estudio de VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Son varios los trabajos ya publicados sobre este nuevo delito, que ejemplifica la creciente intervención punitiva en el ámbito del Derecho penal sexual; véanse, con distintas perspectivas sobre su posible objeto de protección, los minuciosos trabajos de DÍEZ CORTÉS, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2012, pp. 289 y ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 207 y ss.; GÓRRIZ ROYO, “‘On-line child grooming’ en Derecho penal español”, en *InDret*, nº 3, 2016, pp. 1 y ss.; HORTAL IBARRA, “El nuevo delito de online child grooming (art. 183 bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 425 y ss.; PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en *Diario La Ley*, nº 7915, 2012, pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16:06, 2014, pp. 1 y ss. En relación con la jurisprudencia reciente sobre estos delitos, MOLINA MANSILLA, “Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de child grooming: aspectos más significativos de las reglas concursales”, en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 136, 2019.

²⁸ Críticamente sobre esta elevación de edad, acertadamente, RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, op. cit., p. 440.

²⁹ Sintéticamente, además de en otros trabajos, RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 629 y ss.

3. *Acoso sexual*

El delito de acoso sexual tiene en cuenta la edad de la víctima para contemplar en el apartado 3 del art. 184 un tipo agravado para los casos en que la víctima sea especialmente vulnerable. El precepto, reformado profundamente en 1999 y en 2003 no se ha modificado, sin embargo, en lo que a la edad del menor a tutelar se refiere, que sólo contempla esta referencia al mismo. Teniendo en cuenta que la aplicación del tipo básico exige una determinada relación (laboral, docente o jerárquica) parece que el precepto, en cuanto a menores se refiere, queda restringido a menores de dieciocho años (por acoso docente) o menores de dieciocho pero mayores de dieciséis (por acoso laboral dada la normativa extrapenal existente al respecto), supuesto éste que difícilmente podrá dar cabida al tipo agravado³⁰.

4. *Exhibicionismo y provocación sexual sobre menores de edad*

La edad del sujeto pasivo se mantiene en los delitos de los arts. 185 y 186 en los dieciocho años desde 1995. Las distintas modificaciones que ha experimentado su redacción tienen que ver únicamente con la pena prevista, que se ha ido endureciendo, primero en 1999 y posteriormente en 2003. Ya en relación a la primera de ambas modificaciones Orts y Suárez-Mira advertían de los riesgos de una tutela desmedida y señalaban, criticando la desproporción de la pena a imponer “[...] La simple posibilidad de que se pueda imponer a una persona un año de privación de libertad por enseñar una revista de las denominadas pornográficas a un menor o a un incapaz”, que, añadían, “sólo puede ser aceptada con benevolencia o tenida por cabal desde puntos de vista preñados de moralina”³¹.

Téngase en cuenta, por una parte, la dificultad de definir lo que debe entenderse como “obsceno” y la tentación de dar al mismo connotaciones un tanto moralistas en vez de centrar la atención del injusto en el contexto en que la exhibición puede dañar la indemnidad sexual del menor³², teniendo en cuenta, por otra parte, que muchas conductas de exhibición genital impulsiva y gratuita, de perfecto encaje en la redacción del precepto, pueden ser bastante inocuas desde un punto de vista de afección psicológica del menor³³. A este respecto, por “actos de exhibición obscena” debería poder entenderse únicamente aquéllos con connotaciones sexuales y encaminados específicamente al menor, al que se incluye en un contexto libidinoso,

³⁰ Por todos, MATA LLÍN EVANGELIO, “Acoso sexual a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENQUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 87 y ss.

³¹ ORTS BERENQUER y SUÁREZ-MIRA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 195 y 196.

³² Véase, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 214.

³³ Destacando la necesidad de diferenciar, al menos, entre niños y adolescentes, lo que el precepto difícilmente permite, VENTURA PÜSCHEL, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Director), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2º edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 648 y 649.

que, y esto es lo realmente importante, de algún modo incidan de forma negativa en su bienestar³⁴ y desarrollo.

Por otra parte, qué sea o no pornográfico es difícil de precisar³⁵. Una definición de ello la dan Orts y Roig señalando que a su juicio “es pornográfico el producto, con preferencia visual, cualquiera que sea su soporte, en el que se registran, exclusiva o casi exclusivamente, hechos de la más explícita sexualidad, expuestos de la forma más minuciosa y escrutadora, y está expresamente realizado, casi siempre por un móvil crematístico, con la única pretensión -manifiesta, velada o subrepticia-, de excitar el apetito venéreo y de complacer y promover determinadas demandas en ese orden de cosas”³⁶. Es difícil aceptar que aun acudiendo a este concepto -restrictivo- la visión de material pornográfico pueda afectar el correcto desarrollo de formación sexual de un persona de quince, dieciséis o diecisiete años. Cuántas generaciones han accedido al ámbito de lo sexual en ese contexto –no existiendo otro- sin que, aparentemente y en principio, puedan entenderse “perjudicadas psicológicamente de modo irremediable o importante” por ello. Y si gratuita puede ser esta afirmación también puede serlo la contraria, lo que es de interés puntualizar cuando de penalizar conductas se trata.

5. Prostitución y explotación sexual de menores de edad

Desde 2015 el delito de promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor -de dieciocho años, en su tipo básico, de dieciséis en el agravado-, así como el de solicitud aceptación u obtención, a cambio de remuneración o promesa, de relación sexual con menor de dieciocho o de dieciséis años, introducido en 2010, se ubican en el art. 188. También en 2010 se introduce el tipo agravado vigente para los casos en que la víctima sea menor de trece años (hoy, dieciséis). Al margen de otras modificaciones en relación con el texto que en 1995 se daba a su precedente art. 187, lo más significativo es el paulatino incremento de penas que se ha ido produciendo, el propio hecho de la variación de la edad de la víctima (en el tipo agravado) y el mantenimiento durante todo el tiempo del menor de edad como sujeto pasivo del delito, a pesar de las diferentes edades que se iban manejando para otros preceptos. En los Preámbulos de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015 se

³⁴ Así, FERRANDIS CIPRIÁN y TERUEL GARCÍA, “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 125 y ss.

³⁵ Véanse las distintas consideraciones, en el análisis conjunto de varios delitos, de CUERDA ARNAU, “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Director), *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. VII, 1997, pp. 197 y ss. También, de AGUADO LÓPEZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en BOIX REIG (Director), *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. 1*, Madrid: Iustel, 2016, pp. 415 y ss.

³⁶ ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, nº 2, 2009, p. 135.

insiste, como luego se expondrá, en la separación entre “los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad [...]” elevándose las penas “con el fin de armonizar las legislaciones europeas” e introduciéndose “nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil” (¿o juvenil?).

Interesa destacar también la supresión de toda referencia a la minoría de edad en la regulación que da el actual art. 187 al delito de prostitución de mayores de edad, referencia que se mantuvo hasta 2010³⁷.

6. *Pornografía infantil*

6.1. *Regulación de las conductas delictivas*

La Reforma de 1999 modificó de modo sustancial el delito de corrupción de menores, que en 1995 sancionaba en el art. 189 a quien utilizara a un menor de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y a quien no impidiera la continuación de la prostitución. La Ley Orgánica 11/1999 sigue contemplando al menor de dieciocho años como sujeto pasivo del delito, en todas las diversas conductas que contempla, tanto en las de utilización o financiación del menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico como en las de producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de dicho material, así como en las de posesión para estos fines.

Pero lo más significativo de la Reforma es la inclusión de un nuevo precepto previsto para sancionar a “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”. Se recuperaba con ello una figura precisamente desaparecida en 1995. El nuevo delito, dirían Boix Reig y Orts Berenguer “parece que se quiere castigar un proceder no exactamente subsumible en los abusos, pero aludido a éstos, para cubrir un frente más amplio de conductas relacionadas con las prácticas sexuales, e impedir que algunas escapen del cedazo de las acciones típicas” y criticarían que ello se hace “sin tener en cuenta los problemas de delimitación que plantea, y con una notoria imprecisión, deudora de la carga moralina que el legislador ha descargado en el precepto, porque no es tarea sencilla la de dotar de significación depurada a la frase <<perjudique a la evolución o desarrollo de la personalidad>> del menor o del incapaz [...]”³⁸. El propio Orts, junto a Suárez-Mira explicaría de modo contundente que “[...] Al legislador, por diversas razones -la

³⁷ Un análisis detenido en GUINARTE CABADA y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 139 y ss.

³⁸ BOIX REIG, y ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre la reforma”, op. cit., p. 1027.

principal confesada, la intensificación de la tutela penal de la indemnidad sexual de menores y de incapaces-, endebles y discutibles que, al fin rezuman moralina, ha creado este tipo del que se lo mire por donde se lo mire, nada bueno puede decirse; pues ni era necesario, ni se ajusta a las exigencias inherentes a los principios de legalidad y proporcionalidad, ni resuelve problema alguno; antes bien, genera el casi irresoluble de su delimitación”³⁹.

En 2003 se prevé una nueva conducta, también referida al menor de dieciocho años sancionando la mera posesión de pornografía en cuya elaboración se hubieran usado menores de edad o incapaces, agravándose la conducta por utilización de menores de trece años (art. 189.3 a)⁴⁰. Se introduce asimismo el muy criticado precepto de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad (art. 189.4)⁴¹. Y se añade un nuevo apartado para sancionar a quien “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”, esto es, la llamada pornografía infantil virtual (art. 189.7)⁴².

En 2015⁴³ se eleva la edad de la agravación desde los trece hasta los dieciséis años, se sustituye el término de pornografía con menores de edad por el de pornografía infantil y se define este controvertido término.

6.2. *El concepto de pornografía infantil*

El concepto de pornografía infantil ha sido definido por distintos instrumentos internacionales y europeos a lo largo de los últimos años y es esta normativa la que

³⁹ ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA, *Los delitos contra la libertad*, op. cit., pp. 259 y 260. Véase también, sobre la innecesariedad del precepto, TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 01-12, 1999, pp. 1 y ss.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Art. 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 540, diría que “Cuando la víctima es menor de trece años es mayor el desvalor de la acción si el autor asegura o facilita la ejecución del delito al encontrarse ante una víctima que todavía no dispone de resortes suficientes para oponerse a la conducta del sujeto activo y, por lo tanto, que es especialmente vulnerable desde un punto de vista físico y psicológico”. Véase en todo caso ya ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2). Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2006, pp. 171 y ss.

⁴¹ Sobre el sentido de este precepto y el bien jurídico que parece proteger, el mismo BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución”, op. cit., pp. 524 y ss.

⁴² Véase la interesante contribución de FERNÁNDEZ TERUELO, “La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en GUMÁN DALBORA y SERRANO MAÍLLO (Editores), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 703 y ss.

⁴³ Sobre la regulación vigente previa a la importante reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, DE LA ROSA CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; y PARRA GONZÁLEZ, *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011.

ha justificado (no se sabe si motivado también) la ampliación del mismo en la legislación penal española.

Es necesario remitirse, en primer lugar, al 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, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España el 31 de enero de 2002. En su art. 2.b) se define la pornografía infantil como “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

En la misma línea expansiva el art. 9 apartado 2 del Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001 establece que por pornografía infantil se entenderá “todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita”, si bien acepta en el apartado 4 del mismo artículo que “Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte [...] las letras b) y c) [...]”.

En la Unión Europea, la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, mantiene un concepto similar y considera pornografía infantil, en su art. 1.b) “cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”. 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 mantiene en lo sustancial esta definición, pero la amplía aún más definiendo el concepto en el art. 2 c) como: “i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines

principalmente sexuales”, permitiendo también aquí a los Estados no penalizar (lo mismo hacía la Decisión) los supuestos del inciso iii) e incluso los del inciso iv, siempre que aquí se trate de una posesión para uso privado y no haya riesgo de difusión del material (art. 4.8). Llama la atención que tanto la Decisión (art. 3.2 b) como la Directiva (art. 8.3) permitían también dejar de penalizar las conductas del art. 2 b) apartados i y ii, la primera, y del art. 5 apartados 2 y 6, la segunda, cuando se hubiera alcanzado la edad del consentimiento sexual (siempre que se tratara de usos privados), lo que en la legislación española permitía mantener la tutela en los dieciséis años.

El legislador español transpone en 2015⁴⁴ el concepto de pornografía infantil de la Directiva de modo literal en sus cuatro posibilidades; sin embargo, y optando por hacer uso de la cláusula de su art. 4.8 en relación con el art. 2 c) iii) recoge ésta de la siguiente manera en el art. 189.1 pfo. 2: “[...] c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes [...]”, auténtico absurdo como ya ha reiterado toda la doctrina. Lo que la Directiva permite es directamente prescindir de esta modalidad de pornografía infantil, que es lo que podía haber hecho el legislador penal. Ese “salvo” que introduce hace que la letra c) no se vaya a penalizar nunca esta pornografía; y si no se va a aplicar nunca ¿para qué la prevé?

El concepto de pornografía infantil⁴⁵, suponiendo que se trate de un delito contra la indemnidad sexual del menor y no contra otro bien jurídico, de carácter colectivo, que habría que definir, permite entonces considerar sujeto pasivo del mismo, lo que no exigían ni la Decisión Marco ni la Directiva, siempre al menor de dieciocho años o a la “imagen” de un menor que no existe en realidad. Algo difícil de entender. En el primer caso, aunque la relación sea consentida, libre y sin estar predestinada a su difusión “pornográfica”, lo cual es absurdo⁴⁶. Lógicamente, hablamos sólo de material visual.

⁴⁴ Sobre la interpretación que de la transposición realiza la Fiscalía, véanse FIGUEROA NAVARRO y CÁMARA ARROYO, “Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº LXVIII, 2015, p. 529.

⁴⁵ Detenida y críticamente sobre la opción legal adoptada, entre otros y por razones diversas, BOLDOVA PASAMAR, “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, en *Revista Penal*, nº 38, 2016, pp. 40 y ss.; DE LA ROSA CORTINA, “Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del Proyecto de 2013”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 303 y ss.; y MORILLAS FERNÁNDEZ, “Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 10, 2012, pp. 67 y ss.

⁴⁶ Véase, sin embargo, CABRERA MARTÍN, “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 121, 2017, pp. 238 y 239, que entenderá que el menor no sólo

Sin duda, como señala Bauer Bronstrup “[...] en delitos cuyo sujeto pasivo sea un menor o discapacitado [...] siempre habrá un fuerte componente de rechazo social, según la moralidad mayoritaria, y con amplia repercusión mediática. Ello sirve como un verdadero elemento de presión, que pueden incidir en la adopción de medidas para satisfacer el anhelo popular de castigar duramente dichas conductas, sin preocuparse en llegar a la raíz del problema o debatir en torno de la real eficacia y pertinencia de eventual nueva tipificación”⁴⁷.

Aunque hay quien incluso considera restrictivo el concepto por dejar fuera supuestos que se entiende deberían considerarse delictivos⁴⁸ lo cierto es que resulta preocupante que se esté llevando la legislación hacia un terreno excesivamente represivo que no contemple que ciertas conductas pueden ser parte de la sexualidad natural entre los menores y del libre y espontáneo descubrimiento de la misma⁴⁹. Pero es que, además, en el caso de la pornografía virtual y de la pornografía técnica no hay un menor que proteger⁵⁰: estamos ante imágenes creadas tecnológicamente o incluso ante mayores de edad. La intervención penal en relación a estas conductas sólo podría intentar explicarse en la idea de evitar que se extiendan estos tipos de pornografía por el potencial estímulo de explotación sexual de menores reales⁵¹. Pero en realidad, como bien afirma García Albero: “Se consuma así la definitiva consagración de un modelo de tutela carente de fundamento material vinculado a la protección real del menor, a su indemnidad sexual, sustituido ahora por otro de muy discutible anclaje valorativo desde la perspectiva del principio de exclusiva

sufre en la perspectiva sexual, sino también en su dignidad, intimidad, propia imagen y libre desarrollo de la personalidad.

⁴⁷ BAUER BRONSTRUP, *Los delitos de pornografía infantil. Análisis del art. 189 CP*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2018, pp. 4 y 5.

⁴⁸ Así, abriendo una puerta peligrosa, CAROU GARCÍA, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 56, 2018, p. 25, refiriéndose a audios o escritos pornográficos “que pueden ser utilizados por los pedófilos para satisfacer sus parafilias” y proponiendo por ello, en vez de un concepto “formal y rígido”, dirá, que sea el juez el que decida en cada caso concreto lo que es o no pornografía.

⁴⁹ Véanse LÓPEZ SÁNCHEZ y GONZÁLEZ ORTEGA, “Abusos sexuales a menores y sexualidad infantil: una frontera por definir”, en *Sexología Integral*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 21 y ss. Interesantes también las reflexiones de AGUSTINA SANLLEHÍ, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12-11, 2010, pp. 1 y ss.

⁵⁰ De ahí que autores como STERN BRIONES, “Cuestiones legales de los delitos contra la libertad sexual”, en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual. Guía de buenas prácticas*, Barcelona: J.M. Bosch, 2018, p. 106, señale que lo que se protege en la pornografía virtual es el concepto digno de la infancia en general. Aunque ésta pudiera admitirse fuera la intención del legislador, en primer lugar, difícilmente reuniría el mismo las características que hoy permitirían considerar estamos ante un bien merecedor de tutela y, en segundo lugar, por qué y cómo se lesiona con estas conductas la “dignidad” de la infancia.

⁵¹ Dirá CABRERA MARTÍN, “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, en LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS (Coordinadores), en *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 406 y 416, que este tipo de pornografía provoca la comisión de abusos sobre menores y exalta conductas pederastas. Afirmación, sin embargo, no contrastada empíricamente y que no diferencia entre lo que puede ser pederastia y lo que puede ser pedofilia.

protección de bienes jurídicos [...]. Se quiera o no reconocer, es la perspectiva de una peligrosidad subjetiva (derecho de autor) por un lado y un discurso moralizante (protección de la moral pública) los únicos que permiten arrojar algo de luz sobre la represión de la pornografía infantil enteramente virtual”⁵². La pornografía virtual, dirá también Tamarit Sumalla, “[...] constituye un claro ejemplo de delito sin víctima, expresión de una política criminal denostada desde una concepción liberal del Derecho penal, que rechaza que el Estado haga uso de su poder de castigar meramente para promover y defender valores morales, por muy razonados que nos parezcan, como la dignidad o el respeto a la infancia, o con base en la repugnancia que pueden suscitar ciertos comportamientos y, por extensión, las personas que los practican”⁵³.

IV. La justificación en las distintas Reformas del Título VIII de las modificaciones en la tutela sexual del menor

1. *La consideración de la edad del menor y de la necesidad de una tutela reforzada en Exposiciones de Motivos y Preámbulos*

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999 justifica la Reforma, además de en base a las directrices de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y del Consejo de la Unión Europea (párrafos 2 y 3) y en el derecho comparado (párrafo 8), por la necesidad de una adecuación normativa que se acomode a las exigencias de la sociedad (párrafos 1, 4, 5 y 7). Así, dirá, en reproducción textual porque marca una tendencia que se va consolidando tras lo que fue la “isla” de 1995:

“Una proposición no de ley [...] ha instado al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delicti-

⁵² GARCÍA ALBERO, “Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 286, 287 y 290.

⁵³ TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva Europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 102. Véase también, recientemente, FERNÁNDEZ TERUELO, “Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D”, en *Revista penal*, nº 42, 2018, pp. 67 y ss. Y, en el mismo sentido, en su trabajo previo, “Delitos y TICS. Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se califique como tal)”, en CUERDA ARNAU (Directora) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Coordinador), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 194 y ss.

vos de abuso sexual, y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas. Una recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, abunda en consideraciones similares.

[...] Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada [...].

[...] Asimismo, los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. También en estos supuestos se han procurado conjugar las necesidades de la prevención general y especial con el irrenunciable principio de proporcionalidad de las penas en el contexto general de todas las infracciones tipificadas en el nuevo título de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Apelaciones genéricas por tanto a las ideas de dignidad, proporcionalidad, derechos inviolables, etc. sin ninguna explicación estadística, sin referencias a estudio alguno, sin aclaración de por qué unas edades y no otras. Porque lo que ha de motivarse no es que el menor de edad merezca una protección reforzada, sino en qué casos, ante qué conductas y hasta qué momento. Y sobre nada de ello se pronuncia el legislador.

Ninguna referencia específica hace la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 a la reforma que realiza del art. 188.

La Ley Orgánica 15/2003 se refiere en el Apartado III de su Exposición de Motivos a las reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores señalando simplemente que: “[...] a) Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad, gravedad que de nuevo no explica, y que “[...] b) Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual”. De nuevo se explica en qué consiste la Reforma, pero no qué es lo que la fundamenta.

La Ley Orgánica 5/2010, además de realizar una serie de consideraciones generales en el apartado I de su Preámbulo, ya no Exposición de Motivos (que en realidad tampoco lo eran Reformas anteriores), y al margen de la referencia concreta - en la que luego se insistirá- que hace a la Decisión Marco 2004/68/JAI, pero vinculándolo a ella, señala en el apartado XIII del mismo 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. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, 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. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado ‘child grooming’, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño” (párrafo 1). Esto es, apelación a un contenido de injusto específico que considera el legislador es lo que explica las nuevas figuras.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2015 señala en los párrafos 2 a 9 del apartado XII de su Preámbulo (de nuevo tampoco Exposición de Motivos): “[...] En la actualidad la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la

Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad -de menos de dieciocho años- pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

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

En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil.

Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurren determinadas conductas que evidencien una situación de explotación [...].

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la informa-

ción y la comunicación, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía [...].

La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

También explicación de las distintas reformas que conlleva la Ley Orgánica pero escasa (prácticamente nula) justificación de las mismas, salvo los referentes internacionales a que a continuación se hace referencia⁵⁴.

2. La normativa europea y su traslación a la regulación española

2.1. Primeras propuestas

La atención a la tutela de niños y niñas en relación el abuso a que se les pueda someter, la pornografía en que se les pueda involucrar, su explotación, etc., cada vez adquiere más presencia en la Unión Europea, muchas a veces asociada al fenómeno del desarrollo de las Tecnologías de la información⁵⁵.

La Resolución adoptada por el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet de 17 de febrero de 1997, la Acción común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (modificada por la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 18 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos) y la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana son algunos de los primeros textos con cierta relevancia.

El Plan de acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, las Conclusiones de la Presidencia aprobadas en el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 11 de abril de 2000, sobre la iniciativa de la República de Austria con vistas a la adopción de la Deci-

⁵⁴ Exhaustivamente sobre la regulación penal supraestatal, FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz, *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid: Dykinson, Madrid, 2014.

⁵⁵ Detenidamente, CUERDA ARNAU, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, op. cit., pp. 8 y ss.

sión del Consejo relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, promovieron la adopción de medidas legislativas contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil en las que figurasen definiciones, tipificaciones y sanciones comunes.

La Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. La Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de enero de 2000 aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres, incluidos los abusos y la explotación sexual. Y la Decisión 2000/375/JAI del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet establece en su artículo 3 “[...] los Estados miembros estudiarán las medidas adecuadas, tanto voluntarias como legalmente vinculantes, para eliminar la pornografía infantil de Internet” y pide a los Estados miembros que comprueben periódicamente que la evolución de las tecnologías no requiere una modificación de los procedimientos penales para una correcta persecución de la pornografía infantil en Internet.

Estamos todavía, no obstante, ante Instrumentos de intenciones sin relevancia penal efectiva práctica⁵⁶.

2.2. *Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001*

Al margen de la normativa de la Unión Europea, pero con gran importancia sectorial, el Convenio de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, celebrado en Budapest, firmado por España en la misma ciudad y fecha y ratificado mediante Instrumento publicado en el BOE de 17 de septiembre de 2010 (con la denominación de “Convenio sobre la ciberdelincuencia”) aborda en su segundo capítulo la concreción de las conductas que entiende han de ser objeto de infracción penal. Y en él ubica como únicos “delitos relacionados con el contenido”, los relacionados con la pornografía infantil (artículo 9).

El Convenio se detiene en este concepto, en una interpretación muy amplia del mismo que abarca todo material pornográfico que represente de manera visual a un menor desarrollando un comportamiento sexual explícito, a una persona que aparezca como un menor desarrollando un comportamiento sexual explícito o imágenes realistas que representen a un menor desarrollando un comportamiento sexual explícito, esto es, considerando como material pornográfico el que refiera tanto

⁵⁶ En detalle, DE LA MATA BARRANCO, “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”, en *Eguzkilore*, nº 15, 2001, pp. 39 y ss.

comportamientos de menores como el de quienes no lo son pero aparenten serlo e incluso la pornografía puramente virtual en el sentido más puro de la expresión, siempre que las imágenes puedan considerarse realistas. La legislación española, como se ha visto, mantendrá durante mucho tiempo un concepto de pornografía diferente.

Las conductas consideradas merecedoras de sanción penal (incluyendo la posesión de pornografía infantil, además de la producción de la misma con intención de difusión, su ofrecimiento, puesta a disposición, difusión, transmisión o el procurarse o procurar a otro esta clase de “pornografía”), éstas sí abarcadas por la regulación española (ahora también en relación a la compleja interpretación del concepto “procurarse”), y el concepto de menor, de 18 o al menos 16 años (sin especificaciones respecto a los menores con capacidad de consentir -en el caso español, ahora, los dieciséis años-), completan la regulación del artículo 9, de la que llama la atención la sanción de hechos muy distantes de los que puede entenderse atentan a la libertad, o incluso indemnidad, sexual, en una aproximación a concepciones teñidas de cierto componente moral sobre las tendencias sexuales que permite incriminar, por ejemplo, posesión para consumo personal de pseudo-pornografía, que no se entiende muy bien en qué afecta a la libertad o indemnidad sexual de un menor, que ni siquiera existe.

2.3. Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil

En este contexto, se adopta la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sustituida por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, según establece el artículo 26 de ésta, pero básica en esta materia.

Esta Decisión ha sido la que ha marcado las diferentes reformas que en el ámbito penal se han ido llevando a cabo por los distintos Estados miembros y la que motivó las modificaciones del Título VIII de nuestro Código Penal en 2010, tras las ya dos importantes reformas llevadas a cabo en esta materia, con carácter general y sin una específica atención a los menores de trece años, por las Leyes Orgánicas 11/1999 y 15/2003.

La Decisión aboga por que “infracciones penales tan graves como la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil se aborden con un planteamiento global” (Considerando 7) y por fijar para los autores de estas infracciones “sanciones lo suficientemente severas” (Considerando 9).

Y en virtud de ello obliga a garantizar la punibilidad de distintas conductas intencionales que agrupa en el artículo 2, dedicado a las “Infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños” (tras haber definido éstos en el artículo 1 a)

como cualquier persona menor de 18 años) y en el artículo 3, dedicado a las “Infracciones relacionadas con la pornografía infantil” (tras definir ésta en el artículo 1 b) como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual “a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita [...]”, “a una persona real que parezca un niño [...]” o “imágenes realistas de un niño inexistente [...]”, esto es, manteniendo el concepto amplio de pornografía del Convenio de 2001.

En el artículo 2 incluye:

“a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines”, conducta que reproducirá la Directiva de 2011 en sus artículos 4.3 y 4.6.

“b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos”, conducta que se traslada a los artículos 4.5 y 4.2 de la Directiva.

“c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a [...] la coacción, la fuerza o la amenaza, [...] ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales [...] abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño”, conducta que se lleva al artículo 4.7 de la Directiva en relación con sus artículos 2 d y 9 b.

En el artículo 3 se contemplan las conductas de:

“a) producción de pornografía infantil”, trasladada al artículo 5.6 de la Directiva de 2011.

“b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil”, conducta del artículo 5.4 de la Directiva.

“c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil”, contemplada en el artículo 5.5. de la Directiva.

“d) adquisición o posesión de pornografía infantil”, conducta del artículo 5.2 de la Directiva.

Se prevé la sanción de la inducción, la complicidad y la tentativa en el artículo 4. Y la responsabilidad de las personas jurídicas con “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” en los artículos 6 y 7.

Y, en cuanto a las sanciones para las personas físicas del artículo 5, se exige privación de libertad con una duración máxima de al menos entre uno y tres años e inhabilitación para actividades profesionales vinculadas al cuidado de niños (apartados 1 y 3). Además se prevé un conjunto de agravaciones que obligarán a una privación de libertad máxima de al menos entre cinco y diez años (apartado 2 b), todas ellas trasladadas a la Directiva de 2011 (se contemplan o específicamente en el artículo 9 d), f) y g), o en diferentes apartados de la misma). Idéntica pena se

exige en los supuestos de coacción y en determinados casos en que no se haya alcanzado por el menor la edad para consentir sexualmente (apartados 2 a y c).

2.4. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos 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

Entendiendo necesario sustituir la Decisión de 2004 con “modificaciones [...] sustanciales por su número y su naturaleza” (la misma, entre otras conductas, no contemplaba epígrafe alguno dedicado a los abusos sexuales o al denominado embaucamiento sexual), se aprueba en 2011 una Directiva (originalmente 2011/92/UE, pero numerada 2011/93/UE mediante publicación de corrección de errores en el Diario Oficial de 21 de septiembre de 2012) muy minuciosa y muy justificada (con hasta 52 Considerandos) que, en lo que a actuación armonizadora se refiere, dice “velar por la coherencia de [la legislación en el ámbito del derecho penal material], especialmente en cuanto al nivel de las penas” (Considerando 11) y obliga a los Estados miembros “a establecer sanciones penales en su legislación nacional respecto a las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil” (Considerando 15).

Distingue cuatro clases de conductas, siempre dolosas, que agrupa en los artículos 3, 4, 5 y 6, dedicados, respectivamente a “Infracciones relacionadas con los abusos sexuales”, “Infracciones relacionadas con la explotación sexual”, “Infracciones relacionadas con la pornografía infantil” y “Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”.

Previamente da un concepto de menor, no ya niño, que, eso sí, sigue identificando con “la persona menor de 18 años” (artículo 2 a). También de pornografía infantil, que se mantiene en lo sustancial, especificando que las conductas sexuales explícitas pueden ser reales o simuladas y dedicando un apartado independiente a la representación de los órganos sexuales del menor (artículo 2 c). Define también, sin novedades, los conceptos de edad de consentimiento sexual (que remite, y ha de subrayarse esto, a cada legislación nacional), de prostitución infantil (desde el concepto de remuneración), de espectáculo pornográfico (ligado al concepto de exhibición pública directa), lo que no hacía en la Decisión, y de persona jurídica (artículo 2, letras d, e y f).

En las infracciones sobre abusos sexuales del artículo 3 incluye:

“2. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos”, previendo privación de libertad máxima de al menos un año.

“3. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ello”, previendo privación de un máximo de al menos dos años.

“4. Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual”, con previsión de un máximo de al menos cinco años.

“5. Realizar actos de carácter sexual con un menor

i) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor [...]

ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia [...]

iii) empleando coacción, fuerza, o amenazas [...]”, distinguiendo en todos los supuestos que se haya alcanzado o no la edad de consentimiento sexual para la previsión de penas máximas, que serán, como mínimo, de tres u ocho años en los dos primeros apartados o de cinco o diez en el último.

“6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero”, con previsión de penas máximas de cinco o diez años, según se haya alcanzado o no la edad de consentimiento sexual.

En las conductas relacionadas con la explotación sexual del artículo 4 incluye:

“2. Hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”, para las que se exigen penas mínimas en su máximo de dos o cinco años, siempre y como en el resto de números, distinguiendo que se haya alcanzado o no la edad de consentimiento sexual.

“3. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en espectáculos pornográficos”, con penas de cinco u ocho años.

“4. Asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores”, con penas de uno o dos años.

“5. Hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”, con penas de cinco u ocho años.

“6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que se prostituya”, con penas de cinco o diez años.

“7. Realizar actos de carácter sexual con un menor, recurriendo a la prostitución infantil”, con penas de dos o cinco años.

El artículo 5 sobre infracciones vinculadas a la pornografía infantil contempla:

“2. La adquisición o la posesión de pornografía infantil”, siendo aquí la pena máxima exigida de al menos un año.

“3. El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, con pena también de un año.

“4. La distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil”, con pena de dos años al menos como máximo.

“5. El ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil”, con pena también de dos años.

“6. La producción de pornografía infantil”, siendo aquí el máximo exigido, como mínimo, de tres años.

Junto a ellas, se deja a la discrecionalidad de los Estados, en los apartados 7 y 8 del artículo sancionar los supuestos de pornografía vinculados a mayores que parezcan menores y los supuestos de pornografía “realista” cuando se trate de material de producción propio y uso privado.

Y el artículo 6, dedicado al denominado embaucamiento de menores con fines sexuales, describe:

“1. [...] La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de [...] realizar actos de carácter sexual con un menor sin edad de consentir o producir pornografía infantil...] cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro”, exigiéndose penas máximas de al menos un año.

“2. [...] tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de [...] adquirir o poseer pornografía infantil o acceder a ella...], embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.”

Para todas las conductas anteriores la Directiva prevé en su artículo 9 que puedan considerarse como circunstancias agravantes: a) que el menor esté en situación de especial vulnerabilidad, b) que el hecho se haya cometido por familiar, conviviente o con abuso de confianza o autoridad, c) que se haya actuado entre varias personas, d) que se haya actuado en el marco de una organización delictiva, e) haber tenido condena previa por hechos de la misma naturaleza, f) que se haya puesto en peligro la vida del menor y g) que se haya cometido con violencia grave o causando daño grave.

Y el artículo 8 deja a la discrecionalidad del Estado la sanción de determinadas conductas consentidas vinculadas a la presencia en actos de carácter sexual, la participación en ellos o la pornografía.

Dedica el artículo 7, del modo habitual, a exigir la sanción de la inducción y la complicidad y, en algunos casos, la tentativa. Y contempla también del modo habitual la responsabilidad de las personas jurídicas, sin exigir sanciones penales, en los artículos 12 y 13. Ya se hacía así en 2004. Introduce específicamente, sin embargo, la posibilidad de inhabilitación profesional en el artículo 10. Y el embargo, en el artículo 11.

Del resto de artículos, de carácter preventivo y procesal, interesa atender el artículo 15, que exige “garantizar que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones contempladas [...] no dependan de la deposición o denuncia de la víctima, o su representante, y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque aquella retire su declaración”, los artículos 18 a 20 sobre protección de las víctimas y el artículo 21, dedicado a la adopción de medidas “contra la publicidad sobre oportunidades para cometer abusos y turismo sexual infantil”.

2.5. La adaptación de la regulación española de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales de los menores a la normativa europea

A la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hace ya referencia la Ley Orgánica 11/1999 en el párrafo 2 de su Exposición de Motivos, así como a la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños del Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, de 29 de noviembre de 1996, en el párrafo 3, como consecuencia de la cual, dirá la Ley, “los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias [...]”.

Y, como ya antes se ha comentado, la Ley Orgánica 5/2010 tuvo muy en cuenta la Decisión Marco 2004/68/JAI⁵⁷, señalando expresamente en el apartado XIII de su Preámbulo que: “En el ámbito de los delitos sexuales [...] ha de mencionarse la necesidad de transponer la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil [...]. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» [...]” (párrafo 1). En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil también refiere la normativa europea indicando que “[...] la traslación de la Decisión marco a nuestro ordenamiento

⁵⁷ Específicamente, ÁLVAREZ GARCÍA, “Explotación sexual y pornografía infantil (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 15 (suplemento), 2006, pp. 89 y ss.; CUGAT MAURI, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 173 y ss.; o RODRÍGUEZ MESA, “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Director), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 321 y ss.

determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz [...]” (párrafo 2). Explicaciones de lo que se hace más de por qué se hace, como antes se señalaba, salvo el puro compromiso europeo que, sin embargo, no ampara, como a continuación se explicará todas las modificaciones legales operadas.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/ 2015 ya en el apartado I del Preámbulo alude a la necesidad de “atender compromisos internacionales”, mencionando expresamente la “Directiva 2011/93, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”. Además, ahora específicamente, en el apartado XII, se extiende en la explicación de su contenido indicando que [...] La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” y enumera a continuación las modificaciones más importantes de la nueva regulación (párrafo 1)⁵⁸. Como novedad más importante, añade, “se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años [...]”, refiriendo de nuevo la Directiva para aludir a su definición de “edad de consentimiento sexual”, descrita como “edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor” (párrafo 2).

Incorporadas ya las conductas de la Decisión, similares pero no idénticas a las de la Directiva, que es mucho más completa y cuyo plazo de transposición finalizó en

⁵⁸ Detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, *Derecho Penal europeo y legislación española: la reforma del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 67 y ss. Véanse también DIEZ CORTÉS, “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 13, 2015, pp. 13 y ss.; RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, pp. 122 y ss.; RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 32, 2013, pp. 227 a 267; y TAMARIT SUMALLA, en “¿Caza de Brujas o protección de los menores?”, op. cit., pp. 87 y ss.

diciembre de 2013⁵⁹, tras la Reforma de 2015, que modifica sustancialmente la regulación existente hasta ahora, pueden efectuarse las siguientes observaciones sobre si realmente, y cómo, se ha tenido en cuenta el mandato supraestatal, prácticamente única explicación de todas las reformas operadas en el Título VIII del Código Penal español, en la regulación de la materia actualmente vigente.

La conducta de hacer presenciar actos de carácter sexual del artículo 3.2 de la Directiva aparece ahora en el Código en el artículo 183 bis párrafo 1 inciso segundo (creado en 2015).

Lo mismo ocurre con la conducta de hacer presenciar abusos sexuales del artículo 3.3, trasladada al artículo 183 bis párrafo 2 (también creado en 2015).

A ninguna de las dos conductas hacía referencia la Decisión de 2004, que no contemplaba epígrafe alguno sobre infracciones relacionadas con los abusos. De ahí la falta de adaptación de la normativa española a las propuestas de la nueva Directiva hasta la Reforma de 2015.

En cuanto a las conductas del artículo 3.4, que de modo incompleto sí se contemplaban en la Decisión de 2004 (entendidas como conductas de explotación), ahora encajan perfectamente en el artículo 183.1 del Código, como ya antes de 2010 lo hacían en el antiguo artículo 181 (apartados 1 y 2). Se cumple también el mandato europeo con la previsión de penas de hasta seis años. Aquí la Reforma de 2015 simplemente modifica la edad de la víctima abarcando todos los menores de dieciséis años y no sólo los de trece como hasta entonces optando por una “edad de consentimiento sexual” a la que no obliga la Directiva.

Respecto a las conductas agravadas del número 5 del artículo 3, se contemplan en parte también en el artículo 183. Las del apartado i) de prevalimiento las acogen nuestros artículos 183.4.d), en relación a la existencia de un vínculo familiar (aunque sin abarcar todos los supuestos posibles de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre el menor a que alude la Directiva) y 183.5, en relación con el abuso del cargo funcional. En ambos supuestos en relación a menores de dieciséis años. Sin embargo, sin respetar siempre el marco penal que se exige de un máximo de al menos ocho años. Respecto de mayores de dieciséis años, es el artículo 181.3 o 181.5 (en relación con el artículo 180.1.4^a), el que permite acoger estos supuestos (de entenderse que no hay consentimiento o que el consentimiento está viciado), aquí sí cumpliéndose el mandato europeo. Hay que tener en cuenta también el artículo 182.1 para mayores de dieciséis años.

En relación con las conductas del apartado ii) de vulnerabilidad, es nuestro artículo 183.4 a) (introducido también en 2010) el que las acoge en relación a los menores, después de 2015, de dieciséis años, sin que tampoco se respete el manda-

⁵⁹ CUERDA ARNAU, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, op. cit., pp. 11 y ss., recordaba en 2014 la necesidad de trasponer la Directiva, todavía no incorporada entonces en todos sus aspectos.

to europeo sobre la pena mínima de ocho años. Respecto a los mayores de dieciséis años, y de entenderse nulo el consentimiento o ausente éste, hay que acudir al artículo 181.5 en relación con el artículo 180.1.3º, aquí si cumpliéndose con la pena exigida. En todo caso, y como en el supuesto anterior, hay que insistir en ello, siempre que no se entienda existe un consentimiento válido.

Finalmente, respecto a las conductas del apartado iii) de coacción, fuerza o amenazas, tenemos que acudir al artículo 183.2 y, en su caso, 183.4.c) (que, también introducidos en 2010, no contemplan sin embargo la fuerza), cuando se trate de un menor de, después de 2015, dieciséis años (aquí sí se cumple la previsión de un máximo de diez años de prisión). Respecto a mayores de dieciséis años, habría que acudir al tipo genérico de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.

En cuanto a la conducta del artículo 3.6 de hacer participar en actos de carácter sexual con coacción, fuerza o amenazas en el Código habría de reconducirla al artículo 183 bis párrafo primero inciso primero (inciso segundo), que no alcanza, sin embargo, las penas de la Directiva.

Déficits puntuales, por tanto, de una regulación que ahora sí se acomoda más a la Directiva de 2011, que desborda en este apartado las previsiones de la Decisión marco de 2004.

En cuanto a las conductas vinculadas con la explotación sexual del menor, la Decisión sólo mencionaba las de los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Directiva. Ésta, mucho más ambiciosa, describe muy diferentes formas de explotación.

Las conductas relacionadas con los espectáculos pornográficos de hacer participar, captar, lucrarse o explotar del apartado 2 se acogen en el artículo 189.1 párrafo primero a), modificado en 2010 y 2015, y 189.2 a) del Código Penal, modificado en 2003 y 2015 (según tenga la víctima más o menos de dieciséis años), con la previsión de las penas exigidas por la Directiva. Aunque no se contempla específicamente el genérico término de “explotar de cualquier otro modo”, es difícil imaginar comportamientos que no encajen en los conceptos de captar, utilizar, financiar o lucrarse del texto español.

En cuanto a las conductas del apartado 3 de utilización de coacción, fuerza o amenaza para que el menor participe en espectáculos pornográficos hay que acudir ahora al artículo 189.3.

Sí se penaliza ya también, en el artículo 189.4, la asistencia a espectáculos pornográficos con menores del apartado 4 del artículo 4.

En cuando a las conductas relacionadas con la prostitución de los apartados 5, 6 y 7, el primero obliga a sancionar el hacer que el menor se prostituya, captarlo para ello, lucrarse con ello o explotarlo con esa finalidad. El Código Penal contempla estos comportamientos (con otra redacción: inducir, promover, favorecer, facilitar, lucrarse o explotar) en el nuevo artículo 188.1 párrafo 1 (tras la Reforma de 2015), en relación con los menores de edad y en el también nuevo artículo 188.1 párrafo 2,

respecto a los menores de dieciséis años. En ambos casos cumpliéndose el mandato europeo respecto a las penas de cinco y ocho años, respectivamente, exigidas.

En cuanto a la utilización de coacción, fuerza o amenazas para que el menor se prostituya del apartado 6, nuestro Código prevé el tipo agravado del artículo 188.2 diferenciando ahora la pena según se trate de mayores de dieciséis o de dieciocho años, cumpliéndose los máximos que prevé la Directiva.

Finalmente, en cuanto a la realización de actos sexuales con menores recurriendo a la prostitución del apartado 7, el legislador la ha trasladado al artículo 188.4, rebajando la pena cuando la conducta afecte a mayores de dieciséis años y, de forma contradictoria, aumentándola cuando la edad sea inferior.

Cobertura de nuevo de varias de las conductas que contempla la Directiva, también aquí más ambiciosa que la Decisión de 2004, con la Reforma de 2010, y plena adaptación ya en 2015.

Por lo que se refiere a las infracciones relacionadas con la pornografía infantil del artículo 5 de la Directiva, a las que, de modo menos desarrollado pero con idéntico contenido en el fondo, ya se refería la Decisión de 2004, tenemos que acudir a los diferentes apartados del artículo 189 del Código Penal.

Las conductas del apartado 2 del artículo, de adquisición y posesión de pornografía infantil, encajan en el artículo 189.5 párrafo primero del Código. Recogiéndose ahora también explícitamente la expresión “adquisición”.

Las conductas del apartado 3, de acceso a pornografía a través de las TICs, tras un largo debate doctrinal también se incorporan al Código en 2015, en el artículo 189.5 párrafo segundo. Ya no hay posibilidad de mantener que sólo son punibles las conductas de visionado cuando, aun a través de la creación de archivos temporales, impliquen voluntad de posesión y no si se produce un único visionado, un único acceso, un único uso no posesorio⁶⁰.

Las conductas de distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, suministro, puesta a disposición y producción de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 5 de la Directiva se acogen, junto con otras, en el artículo 189.1 párrafo primero b) del Código Penal, reformado en 2010. En los diferentes supuestos, respetando los mínimos penales exigidos por la Directiva.

Téngase en cuenta que el concepto expansivo e injustificado de pornografía que maneja la Directiva es equivalente al que acoge ahora en la regulación española el artículo 189.1 párrafo segundo letras a), b), c) y d), sancionándose ya también - aunque en realidad sólo aparentemente- los supuestos vinculados a los apartados iii) y iv) del artículo 2 c) (mayores que parecen menores e imágenes realistas, esto es, pseudopornografía infantil).

⁶⁰ Véase SALVADORI, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el Derecho penal europeo comparado”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 449 y ss.

Por lo que se refiere a la facultad para no sancionar supuestos de pornografía en que aparezcan mayores que parezcan ser menores prevista en el apartado 7 del artículo, el legislador español no hace uso de ella, ya que el concepto de pornografía que maneja a lo largo del articulado no es sólo el vinculado a menores reales (a sus cuerpos, sus órganos, sus voces, sus imágenes, aunque sea alteradas o modificadas), sino, como se acaba de indicar, el de la pornografía realista y de mayores que parezcan menores.

En cuanto a la facultad de no incriminación del apartado 8 en supuestos de posesión de pornografía realista para uso privado por parte de su productor, el legislador español sí ha hecho uso de la misma en el artículo 189.6.

El artículo 6, como se decía, refiere las conductas de embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. No estaban en la Decisión de 2004, pero el legislador español, con la Reforma de la Ley Orgánica 5/2010 introdujo el artículo 183 bis entre los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (y aunque técnicamente el precepto no describa ni lo uno ni lo otro) con una redacción similar a la del artículo 6.1 (el denominado *child grooming*). En 2015, además de elevarse la edad a los dieciséis años, se añade a lo que ahora es el artículo 183 ter 1 un apartado 2 para incluir las conductas del artículo 6.2 de la Directiva, de tentativa por medios tecnológicos de conseguir que un menor de dieciséis años proporcione pornografía infantil del mismo.

En lo que respecta a la discrecionalidad de los Estados del artículo 8 para dejar de incriminar actos de carácter sexual consentidos por menores con capacidad para ello, el Código tiene siempre en cuenta a este respecto, ahora, la edad de dieciséis años. Además ha de prestarse atención, en relación con el apartado 1 del artículo 8 sobre actos de carácter sexual consentidos, al nuevo artículo 183 quater para menores de dieciséis años.

Por lo que se refiere al artículo 9, el mismo contempla una minuciosa serie de circunstancias que deberán poder ser consideradas agravantes por las legislaciones estatales. Nuestro Código las contempla, en ocasiones con carácter general y las mismas consecuencias, en ocasiones de modo específico, junto a otras, para las diferentes modalidades delictivas y con efectos agravatorios concretos.

Así, con carácter general se contempla la circunstancia de reincidencia del apartado e) en nuestro artículo 22.8. Además, de modo específico, en el artículo 189. 2 h).

En cuanto a la circunstancia de estar el menor en situación de especial vulnerabilidad de la letra a), la contempla el Código para los supuestos de agresión sexual a mayores de dieciséis años en el artículo 180.1.3°. También en el artículo 181.5, en relación con el anterior precepto para los abusos sexuales a mayores de dieciséis años (ambos reformados en 2010, aunque ya se preveían con anterioridad). Igualmente se contempla (con una redacción diferente), para abusos y agresiones a

menores de dieciséis años, en el artículo 183.4.a), introducido en 2010. También en el artículo 188.3 a) en supuestos de prostitución. No se contempla previsión alguna en el Código, sin embargo, en relación a las conductas de la Directiva de explotación, pornografía o embaucamiento.

Respecto a la circunstancia de cometerse el hecho por familiar, conviviente, persona de confianza o autoridad de la letra b), el Código la refiere para las agresiones sexuales a mayores de dieciséis años en el artículo 180.1.4º, aunque habla de superioridad o parentesco, con lo que habría que comprobar que la convivencia, etc., dan lugar a la misma. También se contempla para los abusos sexuales en el artículo 181.5 con la misma salvedad e idéntica matización a la de la circunstancia precedente. Para las agresiones y abusos a menores de dieciséis años el Código cuenta con el similar artículo 183.4 d), con el que habría que hacer las mismas observaciones y con el artículo 183.5 en relación al prevalimiento del cargo. Para los supuestos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores se contempla éste en los artículos 187.2 a) (para mayores de edad) y 188.3 c), reformados en 2010 y 2015, así como el resto en el artículo 188.3 b) y 189.2 g).

En relación a la circunstancia de actuación conjunta de la letra c), el Código la contempla en el artículo 180.1 2º para las agresiones a mayores de dieciséis años, no la contempla para los abusos a éstos y sí, desde 2010, tanto para las agresiones como para los abusos a menores de dieciséis años en el artículo 183.4 b). También en el artículo 188.3 e) en relación a la prostitución. Gran confusión, por tanto, en toda esta normativa.

Respecto a la actuación en el marco de una organización delictiva de la letra d), no se contempla para agresiones o abusos a mayores de dieciséis años, pero sí para menores de esta edad en el introducido en 2010 artículo 183.4.f). También en los reformados en 2015 artículos 187.2 b) (para mayores de edad) y 188.3 f) para supuestos de prostitución y 189.2.f) para supuestos de espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

La situación de peligro de la vida del menor del apartado f) la recoge el Código sólo parcialmente para los supuestos de agresión sexual a mayores de dieciséis años en el artículo 180.1.5º (en relación al uso de armas) y para menores de dieciséis años en el artículo 183.4 e). Para los supuestos de prostitución se recoge en el artículo 187.2 c) (para mayores de edad) y en el artículo 188.3 d). Y para la prostitución y el exhibicionismo en el artículo 189.2 d).

Finalmente, en lo relativo a la violencia o daño grave al menor del apartado g), sólo existe la referencia a la violencia vejatoria del artículo 180.1.1ª, del artículo 183.4.c) y del artículo 189.2.b), al margen de las posibilidades concursales.

En definitiva, acomodación de conductas a lo previsto por la normativa europea, aunque con una regulación confusa y parcialmente no coincidente, teniendo en cuenta que ya se debían haber tenido en cuenta en la Reforma de 2010 las indica-

ciones de una Directiva que puesta en marcha por la Comisión hace tiempo, presentando incluso su Propuesta de texto en marzo de 2010, superaba con creces las exigencias de la Decisión de 2004.

Contempla el Código en el artículo 192.3 una previsión específica sobre la inhabilitación para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores, exigida por el artículo 10.1 de la Directiva, al margen de las previsiones genéricas de los artículos 55 y 56 del Código.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas de los artículos 12 y 13 de la Directiva, es cierto que ésta no exige sanciones penales, pero es la tendencia y el sentido de la regulación. Sin embargo, nuestro Código sólo contempla responsabilidad penal para las personas jurídicas, conforme al nuevo (de 2010 y no modificado en 2015) artículo 189 bis, en los supuestos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores de los artículos 187 a 189, no así en los de agresión, abuso, acoso o exhibicionismo de los artículos 178 a 186. Y la Directiva no hace ninguna diferenciación en este sentido.

Respecto a la normativa del artículo 15 sobre investigación y enjuiciamiento, y en lo que aquí interesa comentar, aun cuando la Directiva permita actuaciones judiciales sin denuncia de la víctima, el artículo 191 del Código exige al menos denuncia del Ministerio Fiscal. Sí concuerdan en que el proceso penal pueda seguir aunque la víctima retire su declaración (como dirá la Directiva).

Y en cuanto a las propuestas del artículo 21 vinculadas a la prevención contra el turismo sexual, que no obstante no exigen específicamente actuación penal, no hay previsión alguna en el Código español, aunque difícilmente estamos ante conductas que quedarían impunes aplicando las reglas generales sobre la participación en un delito⁶¹.

Una materia en definitiva totalmente modificada en 2010 y 2015 (la reforma la completan las previsiones penológicas del artículo 192 y las procesales del artículo 194 bis) siguiendo bastante ciegamente las directrices europeas y sin apenas lagunas de adaptación. Otra cosa es que haya que estar de acuerdo con ellas. Otra cosa es que se adopten tomas de decisiones (por ejemplo, sobre la edad de consentimiento sexual) a las que no obliga la normativa europea. Y otra cosa es que expliquen, que no lo hacen, el sinsentido de las “distintas edades” con que juega el legislador español en la descripción de las distintas conductas punibles. Porque si la regulación de la Unión vincula en las materias a que hace referencia, no puede transponerse la misma sin tener en cuenta los preceptos que no se modifican y la concordancia que debe existir en toda la materia de intervención penal que se aglutina bajo un mismo Título por entenderse que tutela un mismo bien jurídico y que, por tanto, debe llevar a proponer tutelas (de edad) no contradictorias; no necesariamen-

⁶¹ Detenidamente sobre esta figura, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “El Derecho penal ante el fenómeno del turismo sexual infantil”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 96, 2008, pp. 101 y ss.

te idénticas (dependerá del desvalor de cada conducta), pero sí atentas a cada contenido de injusto.

V. Edad de los menores víctimas de delitos sexuales en el Código Penal

1. *La edad del sujeto pasivo en los tipos básicos de delincuencia sexual*

1.1. *Menor de dieciséis años como sujeto pasivo: la denominada edad de consentimiento sexual en los delitos de abuso y agresión sexual y en el delito de child grooming*

Como ha podido comprobarse al abordar la evolución y actual regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, regulados en el Título VIII de nuestro Código Penal, los menores de dieciséis años son objeto de una protección específica en los delitos de abusos y agresiones sexuales y en el delito de *child grooming*.

En el Código Penal español, la edad a partir de la cual una persona podía decidir libremente sobre su vida en materia sexual, en el ámbito de las agresiones y abusos sexuales, era, desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/1999, que la elevó en un año, la de los trece años. En el denominado delito de *child grooming* esta edad es la que tuvo en cuenta el legislador cuando a través de la Ley Orgánica 5/2010 creó el entonces nuevo art. 183 bis. Ya en aquella época la modificación operada generó importantes críticas, como ya también antes se ha señalado, ya que no se aportaron explicaciones de psicología evolutiva o datos estadísticos de criminalidad que manifestaran la necesidad o conveniencia de elevar dicha edad; es cierto, no obstante, que con la reforma la normativa española se aproximaba más la que ya existía en otros ordenamientos jurídicos⁶². De hecho, un informe de la Secretaría general técnica del Ministerio de Justicia, tras el Anteproyecto del Gobierno que proponía que la edad se aumentara a los quince años y un informe del Consejo General del Poder Judicial que se inclinaba por la edad de trece años, manifestó que no existían criterios científicos que avalaran la opción por una u otra edad⁶³, por lo que no puede afirmarse que el cambio estuviera no ya razonado en modo alguno, sino justificado.

Actualmente, y como decíamos, la reforma del Código Penal del año 2015 ha vuelto a cambiar esta edad significativamente al elevarla de los trece a los dieciséis años. Le ha precedido un Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal, de fecha 3 de abril de 2013, en el que se señalaba: “Como novedad importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los quince años, adecuán-

⁶² Así, TAMARIT SUMALLA, *La protección Penal del Menor*, op. cit. p. 64.

⁶³ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, “Artículos 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 263 y 264.

dose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, para mejorar la protección de los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”. En el Proyecto de Ley Orgánica de 2014 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se indicaría escuetamente y con carácter genérico: “Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años”. Finalmente, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 se acoge una fundamentación también de Derecho comparado para mantener los dieciséis años, argumentándose que los trece años establecidos hasta el momento establecían una de las edades más bajas del mundo, inferior a la de los países europeos que la sitúan en torno a los quince o dieciséis años. Habida cuenta de esta diferencia, se dirá, y con el fin de adaptarse a las recomendaciones de Naciones Unidas y llevar a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo), se justifica la elevación de la edad a partir de la cual una persona puede llevar a cabo libremente actos de naturaleza sexual. Recomendación y obligación, sin embargo, que no obligan a dicha edad. Y, en todo caso, ¿es esta edad de dieciséis años adecuada? ¿Tiene algún fundamento que justifique que no sea otra?

Algunos autores han defendido que la edad de consentimiento sexual debería ser de catorce años, de forma que se adaptara más a la normativa de los países de nuestro entorno⁶⁴, y aunque el entorno europeo también tienda ahora ya a otras edades superiores. Otros autores han planteado la posibilidad de que la edad fuera esta de catorce años para que así coincidiera con el umbral mínimo que se establece en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor⁶⁵, atendiendo el lógico argumento de que resulta incoherente que una persona con catorce años sí tenga responsabilidad penal por la comisión de delitos, entendiéndose por tanto que tiene la madurez suficiente para comprender las consecuencias de sus actos en el ámbito penal, pero no pueda decidir válidamente mantener relaciones sexuales⁶⁶. Otros autores han defendido la edad de los quince

⁶⁴ Entre otras, y antes de la reforma de 2015, ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 271. Señala concretamente: “Esta falta de claridad, la inoperancia de algunos de los tipos penales y la ineludible necesidad de armonización con el Derecho comparado explican la conveniencia de elevar la edad del consentimiento sexual, siendo adecuado, a mi juicio, situarlo en la edad de catorce años”.

⁶⁵ Véase GÓMEZ TOMILLO, “Artículos 183 y 183 bis”, en GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 728.

⁶⁶ Pone de manifiesto ésta y otras contradicciones, GONZÁLEZ AGUDELO, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18:15, 2016, p. 27.

años⁶⁷. También se ha apuntado la posibilidad de distinguir entre los casos en los que el menor todavía no ha alcanzado la pubertad, entendiendo que ese momento no llega hasta los trece años, para brindarle hasta entonces una protección absoluta, y los casos en los que el menor ha alcanzado una condición física e intelectual en la que ya puede comprender mejor la sexualidad, desde los catorce hasta los dieciocho años, en los que habría que otorgarse una protección más relativa que implique tipificar los casos en que se confirme que hay abuso por haber mediado, por ejemplo, prevalimiento⁶⁸.

Se trata de opciones por supuesto discutibles y que de ser tomadas por el legislador deberían hallarse suficientemente respaldadas en análisis -concretos, expresamente y bien explicados- criminológicos, psicológicos, estadísticos y de derecho comparado. Así, por ejemplo, en el mencionado Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 se señala como argumento jurídico concretamente tenido en cuenta: “[...] Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”. Pero en esa Recomendación del Comité de Derechos del Niño se indicaba: “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. 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”⁶⁹. Nada se sugería sobre una edad concreta; sólo se manifestaba la necesidad (recomendación, en realidad) de elevarse la de los trece años desde el entendimiento de que la misma podía generar desprotección; en el ámbito, sin embargo -además-, únicamente de la prostitución. Se trataba en realidad de una preocupación infundada, por cuanto precisamente en los delitos de prostitución de menores de nuestro Código Penal la edad que ya tiene en cuenta el legislador es la de los dieciocho años⁷⁰.

⁶⁷ Entre otros muchos, COMPAÑY CATALÁ, “La mayoría de edad a efectos de validez del consentimiento sexual”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 206, 2014, pp. 12 a 16.

⁶⁸ Así, ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal”, op. cit., p. 266.

⁶⁹ Véase el Examen de los Informes presentados por los Estados Parte con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 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. Observaciones finales. Comité de los Derechos del Niño, 46º período de sesiones, 17 de octubre de 2007.

⁷⁰ Así, RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 125 y 126.

Por otra parte, si atendemos la también antes mencionada Directiva 2011/92/UE⁷¹, observamos que en ella no se especifica una edad concreta que pueda garantizar un consentimiento libre, sino que se establece una remisión al derecho propio de cada Estado Miembro, por lo que el argumento de nuestro legislador de que el establecimiento de los dieciséis años se debe a la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva no es en absoluto correcto⁷². La mayor adecuación a la normativa de nuestro entorno sí es una justificación razonable, pero insuficiente, porque si bien es cierto que los dieciséis años nos pueden aproximar más que los trece a otras legislaciones, no lo es menos que por ejemplo en estados como Portugal, Italia o Alemania la edad que permite el consentimiento sexual en este ámbito es la de catorce años, en otros como Suecia y Francia es de quince y sólo en algún otro como Bélgica o Finlandia es la de dieciséis, por lo que, ¿a qué se debe la edad concreta de dieciséis años elegida por el legislador español?

Lo lógico desde una perspectiva técnica jurídica razonable sería que al menos existiera algún criterio de índole psico-social que fundamentara tal elección y que se hubiera llevado a cabo una investigación acerca de la realidad de la criminalidad sobre menores en España que permitiera explicar que la edad finalmente establecida en el Código Penal se adecuaba a nuestra realidad cultural, a nuestra realidad de desarrollo sexual y a nuestra realidad criminal⁷³. ¿Ha sido esto así? Los estudios científicos no permiten corroborarlo. Así, se señalaba ya a la vista de la proyectada reforma de 2013 que: “Se adoptan decisiones que no se encuentran sustentadas en criterios científicos (sociológicos, jurídico-penales, criminológicos e incluso, psiquiátricos) [...] con la subsiguiente problemática aplicativa que el pre-legislador parece haber obviado -o no ponderado en su debido equilibrio-”⁷⁴.

Si consultamos diferentes estudios sobre el inicio de las prácticas sexuales en España comprobaremos que un porcentaje importante de jóvenes ha mantenido sus primeras relaciones sexuales antes de los dieciséis años.

Una encuesta llevada a cabo en el año 2012 preguntó a estudiantes de enseñanza secundaria cuyas edades oscilaban entre los trece y los dieciocho años (siendo un

⁷¹ Detenidamente sobre su contenido, RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 32, 2013, pp. 227 y ss.

⁷² Expresamente, TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas o protección de los menores?”, op. cit., pp. 89 y 90.

⁷³ Como señala CUERDA ARNAU, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, p. 36, “El legislador se refiere sin citarlos a informes (?) o al común conocimiento (!), según los cuales la edad media en que se mantienen relaciones sexuales entre nuestros jóvenes se sitúa alrededor de los dieciséis años. Un legislador responsable debiera haber certificado el dato y conocer con más detalle las actitudes y pautas sexuales de nuestros adolescentes, cerciorándose del porcentaje de jóvenes que se inician a esa edad [...]”.

⁷⁴ FUERTES IGLESIAS, “La respuesta penal ante los delitos sexuales a menores”, en *III Foro de debate. I Simposio Nacional de Psiquiatría Legal y Ciencias Forenses, Sociedad Aragonesa de Psiquiatría y Ciencias Forenses*, Zaragoza, 2014.

total de 1566 alumnos los encuestados) a qué edad iniciaron sus relaciones sexuales coitales, obteniéndose los siguientes datos: un 8,4% de los jóvenes lo hizo con menos de doce años, un 18,8% entre los trece y los catorce años, un 50,9% entre los quince y los dieciséis y un 13,9% por encima de los diecisiete⁷⁵. Al menos, esto es lo que se afirmó. Y hablamos de relaciones “libres” en cuanto “no forzadas” individualmente.

El estudio “Relaciones afectivas y sexualidad en la adolescencia”, publicado en Madrid en 2013 por la Liga Española de la Educación (http://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4113_d_relaciones_afectivas-y-sexualidad-en-la-adolescencia.pdf), aportó los siguientes datos en lo que a la edad de iniciación de las relaciones sexuales se refiere: “Más de la mitad había tenido la primera relación a los 14 y 15 años (14 años: 25,6% y 15 años: 32,1%), destacándose en los porcentajes respectivos una proporción mayor de chicos; así, a los 15 años se inició el 34% de los varones que respondieron esta pregunta frente al 29,1% de las mujeres (Gráfico 29). El 14,5% señaló que había tenido su primera relación a los trece años; en esta edad, los varones (18,4%) duplicaron a las mujeres (9,1%). Uno de cada cinco se había iniciado a los 16 años, edad en la que fue mayor el porcentaje de chicas (26,4%) que el de chicos (15,8%); algo similar ocurría con aquellos que se iniciaron a los 17 años (chicas: 10,9% y chicos: 3,9%). Solo 0,8% de nuestros entrevistados que tenían 18 años señalaron haberse iniciado a esa edad” (p. 41). Como puede observarse, se trata de porcentajes que, si bien son diferentes de los anteriores -y cada estudio seguro que da cifras diferentes-, son igualmente ilustrativos de la existencia de un importante número de adolescentes que se inician temprano en las relaciones sexuales en nuestro país y que, por lo menos, permite cuestionar la opción legislativa adoptada penalmente, salvo que queramos penalizar una “normalidad” en principio -y lo contrario habría que demostrarlo- no dañina ni personal ni colectivamente.

El aumento tan significativo de edad hasta los dieciséis años ni parece encontrarse sustentado por el derecho comparado ni fundamentado en estudios sociológicos. Si la elevación de edad establecida fuera reflejo de una distinta realidad cultural ello obligaría a entender que se ha producido un cambio absolutamente radical en las edades de inicio de las prácticas sexuales por parte de adolescentes y jóvenes de nuestro país, pero la interacción sexual actual entre jóvenes no parece que vaya en esa dirección, sino al contrario.

Quizás la decisión del legislador se encuentra motivada no tanto por cubrir las necesidades de protección de los menores (tutelados de modo ya importante en esta materia en nuestro ordenamiento Código Penal) sino por la conveniencia de atender, sencillamente, reivindicaciones presuntas de la “opinión pública” (o de parte

⁷⁵ Véanse ALFARO GONZÁLEZ y OTROS, “Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años”, en *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 17, nº 67, 2015, p. 220.

de ella, porque ¿qué opinión “pública” es la que se atiende?); aunque más quizás con la crítica a la edad de trece años que con la opción por la de dieciséis⁷⁶.

Sin embargo, puede compartirse la afirmación de Roperero Carrasco cuando acertadamente señala no estar de acuerdo “[...] con la incorporación que hace la reforma del modelo anglosajón, situando la edad del consentimiento en dieciséis años [...] que [...] criminaliza automáticamente cualquier conducta sexual entablada con un menor de trece a dieciséis años, desatendiendo una realidad que muestra una creciente actividad sexual de los menores en esa franja de edad, entre ellos o con mayores con edades próximas. Con esta previsión, se ha olvidado que la intervención del Derecho Penal tiene graves consecuencias, por lo que medidas en principio dirigidas a la protección de los menores pueden resultar lesivas a otros intereses de éstos, como puede ser el de mantener relaciones sexuales con personas de edad próxima. Es cierto que esta consecuencia se puede ver atemperada por la cláusula que permite la exención por consentimiento en casos de proximidad de edad, pero la falta de concreción impide una valoración definitiva sobre este instrumento”⁷⁷.

Ante la ausencia de fundamentación científica y empírica que justifique tan alta edad de consentimiento sexual puede pensarse que en realidad el legislador, partiendo de una concepción de la sexualidad de los menores como negativa, pretende quizás un control de actitudes y comportamientos de jóvenes (o niños o adolescentes), camuflando dicho control bajo el argumento de su protección⁷⁸, e impone una concreta moral social restrictiva de la capacidad de decisión del menor⁷⁹ y de lo que en sí representa una sexualidad cuyo ejercicio, en sí mismo, es positivo o, cuando menos, no tiene por qué entenderse como negativo.

Y en todo caso, como se advertía ya al inicio de estas páginas, no es lo preocupante tanto (o no sólo) esta posible imposición sino la incoherencia que manifiestan las distintas edades elegidas por el legislador en cada delito, difíciles de entender

⁷⁶ Alude por ejemplo en este sentido RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales”, op. cit., pp. 125 y 126, al denominado “crimen del Salobral” de 2012, en el que una menor de trece años fue asesinada por el hombre de treinta y nueve años con el que había mantenido relaciones sexuales en el marco de una vinculación sentimental “consentida”, que generó bastante controversia mediática.

⁷⁷ ROPERERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal”, op. cit. p. 271.

⁷⁸ Así, y refiriéndose particularmente al delito de *child grooming*, explica RAMOS VÁZQUEZ, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, nº 8, 2012, pp. 222 y 223 que “[...] Existe también en todo este entramado legislativo una fantasía de control. En efecto, el tipo penal propuesto por el Partido Popular extendía el castigo a todo contacto con menores de edad, es decir, no sólo con aquellos sujetos que no tuviesen la edad mínima de consentimiento de las relaciones sexuales, sino con todo menor de 18 años. Al final, aunque fuese por un mínimo de coherencia con el resto de la regulación de los delitos sexuales en nuestro Código, se restringió el delito de grooming a los menores de trece años [ahora dieciséis], pero la idea de ampliar el tramo de edad punible hasta los dieciocho tiene un sentido disciplinario, de vigilancia y control [...]. De lo que se trata, en resumidas cuentas, no es ya de proteger a los menores, sino de controlarlos, de escudriñar su sexualidad y sus ámbitos de intimidad, con quién hablan y qué hacen cuando navegan por la red”.

⁷⁹ Sobre esta ideología moral subyacente a las reformas penales y las implicaciones que conllevan en el ámbito de los derechos sexuales de los menores, GONZÁLEZ AGUDELO, “Consecuencias jurídicas y político-criminales”, op. cit., pp. 9 y ss.

por penalizar a un menor de edad, pero mayor de dieciocho, grabarse mientras tiene relaciones sexuales consentidas y por tanto penalmente impunes. Como indica Morillas Fernández: “Precisamente es el consentimiento una de las cuestiones más criticables, desde mi punto de vista, de la reforma, no tanto por el aumento del límite de la edad para consentir [...], sino por la multiplicidad de criterios de edad establecidos, no siendo capaz el legislador de realizar una investigación seria y profunda que le permita concluir con un intervalo de edad genérico donde todas las capacidades de consentimiento en materia sexual pudieran confluir, sino que prefiere establecer un auténtico galimatías, confuso, que conlleva que antes de iniciar cualquier comportamiento de naturaleza sexual haya que corroborar unos requisitos mínimos y recordar con cada acto que se pretenda desarrollar la franja de edad con la que se permite hacerlo o no -quince, dieciséis o dieciocho años o la cláusula abierta de permisibilidad cuando la relación se produzca con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez-”⁸⁰.

1.2. Menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis años como sujeto pasivo

El art. 182 sigue manteniendo la distinción entre las relaciones sexuales imposibles de consentir, por menor de dieciséis años, y las que lo pueden ser, superada esta edad, pero salvo que intervenga engaño o abuso de posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, elevando también en 2015 a dicha edad la hasta entonces de trece años. Como también dice sobre ello Morillas Fernández, “[...] El legislador ha entendido durante veinte años que los individuos que idóneamente podían ser engañados eran los mayores de trece y menores de dieciséis años, considerando semejante opción a partir de esa edad, pero, de pronto, sin ningún tipo de explicación científica al respecto, cambia su perspectiva y entiende que debe elevarse la citada franja desde los dieciséis hasta los dieciocho sin, repito, motivo aparente que no fuera otro que adecuar las franjas de edad contempladas en materia sexual para que casen. En mi opinión, semejante razonamiento es un craso error debiendo haber optado por eliminar la figura de los abusos fraudulentos cometidos por engaño sobre mayores de dieciséis y menores de dieciocho, al no encontrar razones científicas de peso que motiven semejante cambio, además de ser un tipo penal que apenas han aplicado los Tribunales”⁸¹. De nuevo una decisión cuya única justificación es la de la concordancia con los nuevos arts. 183 y siguientes del Código, pero sin un planteamiento serio sobre si realmente, y al margen de que se entienda que la edad de consentimiento debe fijarse en los dieciséis años, hay razones que avalen subir también la edad para el denominado abuso por prevalimiento y entendiendo simplemente que estos dieciséis años no representan edad

⁸⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MORILLAS CUEVA (Director), *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 436.

⁸¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, op. cit., p. 436.

suficiente para poder afirmar que el menor es capaz de emitir en estos supuestos un auténtico consentimiento libre y no condicionado.

1.3. Menor de dieciocho años como sujeto pasivo.

El legislador entiende que no ya la de trece, ni la de catorce, ni la de quince, ni siquiera la de dieciséis es una edad adecuada para poder decidir sobre determinados comportamientos de naturaleza sexual, sino que la edad a tomar en consideración ha de ser la de dieciocho años. Aunque dichos comportamientos sean, al menos aparentemente, de menor trascendencia que el que pueda implicar, por ejemplo, una relación coital.

1.3.1. Exhibicionismo y provocación sexual

En el Código penal previo al de 1995, la Ley Orgánica 5/1988 que introduce estas figuras delictivas en los entonces arts. 431 y 432 dispuso que el sujeto pasivo de los mismos sería el menor de dieciséis años, el deficiente mental o el mayor de dieciséis que no hubiera prestado su consentimiento. Esta edad de dieciséis años se justificaba por parte de la doctrina argumentando, por ejemplo, que “[...] más que protegerse la libertad sexual individual de las personas, lo que se pretende garantizar concretamente en estos supuestos es el derecho al desarrollo biológico, psicológico y cultural de los menores de dieciséis años, libre de obstáculos o injerencias extremas”⁸². Sin embargo, como se ha señalado, el Código de 1995 eleva hasta los dieciocho años la citada edad, a pesar de las críticas reiteradas al respecto⁸³, sin que desde entonces y hasta el momento se haya producido ninguna modificación en los actuales arts. 185 y 186 en este concreto punto.

Así, una persona de dieciséis o de diecisiete años puede decidir mantener relaciones sexuales libremente (coitales o de otro tipo), pues ya tiene edad para consentir las mismas y gozar con ello de su plena libertad sexual -se entiende que ya no condicionada-, pero no puede ver actos de exhibición obscena, sea lo que sea que signifique esto, ni recibir material pornográfico aun cuando se trate de actos previos al mantenimiento de una relación o práctica sexual (ya que implicaría la sanción penal de su pareja). ¿No es ello incongruente?⁸⁴ ¿No se está condicionando un ejercicio concreto de la sexualidad, estableciendo cómo tiene que ser éste?

A este respecto señalan en el mismo sentido Orts Berenguer y Alonso Rimo que: “[...] al consentimiento del menor se le otorga plena validez para practicar el coito con un adulto, y no para contemplar una película pornográfica con esa misma

⁸² Expresamente ACOSTA PATIÑO, “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1992, p. 141.

⁸³ Por todos, y ya desde ediciones previas, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª edición, Madrid: Dykinson, 2009, p. 240.

⁸⁴ Ya se lo planteaba, entre otros muchos, sin perjuicio de que por aquel entonces la edad de consentimiento sexual fuera de trece años, DíEZ RIPOLLÉS, “Artículos 178-183”, op. cit., p. 264.

persona -o a instancias suya-, por ejemplo. Y de inmediato surge la pregunta: ¿es porque se persigue proteger al menor de las consecuencias negativas que para él puede tener la contemplación de determinadas imágenes, en movimiento o no, o son razones moralizantes las que subyacen a la imposición de esta limitación? Pregunta que antes de ser respondida sugiere esta otra: ¿tan nociva es para la formación y el bienestar del menor ver una película pornográfica? Si pensamos en un/a adolescente de catorce, quince, dieciséis o diecisiete años, que se masturba regularmente y/o mantiene relaciones sexuales con otro adolescente, y nos preguntamos por el daño que puede ocasionarle la visión de un vídeo o DVD en el que alguien se masturba o una pareja copula, probablemente habremos de concluir, con un poco de sentido común, que muy poco o ninguno”⁸⁵. Ya varios años antes, también con acierto, el propio Orts, junto a Roig Torres, señalaba que “Precisamente, por lo que hace a la sexualidad alguien ha dicho que peor que mostrar pornografía a un menor es no darle la menor educación sexual o darle una deficiente o represiva [...]. Por todo esto, pensamos que acaso se exagera la incidencia que para un menor o un incapaz pueda tener haber visto una película o una revista pornográfica, y que probablemente, una vez más, sean prejuicios y preocupaciones moralizantes las que subyacen en el convencimiento de la bondad de la represión penal de aquellos hechos”⁸⁶.

Sí hay que precisar que, aunque la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que el sujeto pasivo de estos delitos es el menor de dieciocho años⁸⁷, como se deduce de un texto legal que no establece ninguna matización al respecto hay quien busca una solución a la incoherencia expuesta esgrimiendo que debe entenderse que donde el tipo delictivo dice “menores de edad” se está en realidad refiriendo a los menores con incapacidad para consentir libremente en la práctica de relaciones sexuales, esto es, hoy los dieciséis años, no a la minoría de civil⁸⁸. Pero

⁸⁵ ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO, “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2014, pp 27 ss.

⁸⁶ ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, “Concepto de material pornográfico”, op. cit., pp. 136 y 137.

⁸⁷ Claramente, por todos, RAMÓN RIBAS, “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 196 y 197.

⁸⁸ Así lo planteaba antes de la Reforma de 2015, en relación entonces a los mayores de trece años, GARCÍA ÁLVAREZ, “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Revista General del Derecho Penal*, nº 20, 2013, p. 30, añadiendo que “[...] a la vista de los posibles cambios que podrían producirse en virtud del Proyecto de Ley Orgánica [...] habría que reinterpretar que los sujetos pasivos de estos delitos, que en sí mismos no sufren modificación alguna al mantener la redacción actual, serían los menores de dieciséis años [no de dieciocho]. El propio RAMÓN RIBAS, “Los delitos de exhibicionismo”, op. cit., pp. 202 y 203, entendía que “[...] Declarar lícitos dichos comportamientos o, al menos, penalmente atípicos, puede alcanzarse [...] mediante una interpretación sistemática del concepto menor de edad, que no se referiría a quienes son menores de edad civilmente, sino de trece

lo cierto es que la redacción del Código Penal no parece apuntar en este sentido y que esta interpretación no podría mantenerse sólo para estos delitos sino también para los de prostitución de menores o para los vinculados a la pornografía infantil.

Entonces, si quien observa los actos de exhibicionismo o recibe el material pornográfico en cuestión no va a sufrir un ataque a su indemnidad sexual en el sentido de ver interferido su adecuado proceso de formación y desarrollo en materia sexual, sencillamente porque ya ha alcanzado una edad en la que goza de libertad sexual -y en consecuencia entendiéndolo que ese proceso ya ha finalizado-, hoy legalmente los dieciséis años ¿qué ha de suponerse que tratan de proteger ambos preceptos? La respuesta no puede ser otra que la que hace referencia a esa libertad sexual (o indemnidad o como se especifique el concreto bien que explica la tutela del Título VIII en el caso de los menores) que hace atípicas las conductas de abuso cuando hay consentimiento. Sin embargo, no parece tener mucho sentido que un idéntico bien jurídico pueda entenderse atacado en un caso pero no en otro y, en todo caso, al contrario, parecería que habría de merecer mayor protección el ejercicio de una actividad sexual incluso coital que su visualización. A este respecto, Ramón Ribas, buscando una explicación a esta posible incongruencia, indica que “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual confirman los indicios aportados por el delito de abuso sexual fraudulento: el menor de edad, aún cumplidos los trece años [hoy, dieciséis], necesita una especial tutela por la posible negativa incidencia en la formación de su personalidad, aún incompleta, de los actos tipificados en los artículos 185 y 186. Si no se adopta en la interpretación de estos preceptos un concepto de menor de edad en el sentido sexual (menores de 13 años), y se acepta, por el contrario, que se refieren a todo menor de 18 años, deberá admitirse que su libertad sexual, si no lesionada, sí se ve puesta en peligro. La libertad, ausente el contacto sexual, debe entenderse como el derecho a completar la formación o personalidad en materia sexual sin interferencias que se estiman intolerables hasta que se cumplen los 18 años. Por supuesto, si los actos de exhibición obscena o provocación son consentidos y no impuestos al menor, deberían estimarse realizados en ejercicio de su libertad y, en tal medida, considerarse penalmente irrelevantes”⁸⁹. Pero ha de volver a reiterarse que esto no es algo que permita el Código, aunque aquí también se comparte la inquietud de este autor. Y su propuesta voluntarista para explicar lo que en realidad es una incongruencia legal de entender los preceptos como de peligro deja sin explicar por qué el mismo no se da cuando se tienen relaciones coitales (o de otro tipo) y por qué la visión de material pornográfico debe considerarse negativa. Insiste el autor, con parte de la doctrina que él mismo cita, en que cuando ha mediado el consentimiento del menor que tiene dieciséis o

años. Quedarían excluidos, en consecuencia, con toda certeza, quienes hubieren cumplido ya dieciséis años, pero también, en principio, salvo que se considere aún que no tienen plena libertad [...], los menores de dieciséis y mayores de trece años”.

⁸⁹ RAMÓN RIBAS, “Los delitos de exhibicionismo”, op. cit., pp. 202 y 203.

diecisiete años, la conducta de la persona que ejecuta los actos de exhibición obscena o de facilitación de material pornográfico resulta penalmente irrelevante⁹⁰, siendo solamente castigable en el caso de que el menor de esas edades no haya dado su consentimiento, porque aunque si fuera adulto no existiría delito, se puede entender que todavía y pese a tener “libertad sexual”, alcanzada con la “mayoría” de edad sexual existe una diferencia de madurez y grado de desarrollo en el ámbito sexual con respecto a los mayores de dieciocho años⁹¹. Mantiene Gómez Tomillo una postura similar al entender que “Parece claro que la conducta debe ser no consentida, en la medida en que carecería de sentido que el Derecho penal deje impunes las relaciones sexuales consentidas de los mayores de trece años [hoy, dieciséis] y los menores de dieciocho y, sin embargo, sancione los actos de exhibición delante de éstos con su consentimiento. No obstante, permanece la duda en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor de esa de edad o un incapaz, sobre todo si se considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de aquéllos. Cabría la posibilidad de llegar a una solución diferenciada en este último grupo de casos, frente al anterior, sancionando uno (cuando el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz y consiente) y no otro (cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años y consiente)”⁹².

Sin embargo, la doctrina mayoritaria es clara y, aún crítica con el legislador, no ve cómo evitar entender que éste refiere los menores de edad a quienes no han cumplido dieciocho años⁹³, por más que ello pueda implicar castigar los actos preliminares de una relación sexual consentida e impune. Así lo expresa con precisión Ventura Püschel, indicando que: “Por menores de edad debe entenderse cualquier persona que no haya cumplido los 18 años. Y, pese al esfuerzo interpretativo de algún autor, desde la loable pretensión de integrar coherentemente la incriminación de estas conductas, sin contacto físico-sexual con las referidas a delitos con contacto físico-sexual [...], torna irrelevante la concurrencia o no de su consentimiento cualquiera que sea su edad. Así se colige de la propia literalidad de los arts.

⁹⁰ RAMÓN RIBAS, “Los delitos de exhibicionismo”, op. cit., p. 210. Señalan MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, “Artículo 185”, en QUINTERO OLIVARES (Director) *Comentarios al Código Penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 318)*, 5ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 360 y 361, que “[...] Queda claro que el tipo reclama, tratándose de mayores de trece años, una conducta en la que se involucra al menor en un contexto sexual no consentido o previsto, exigencia que se acentúa cuanto más se acerca el sujeto pasivo al umbral de la edad que determina su plena capacidad”.

⁹¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, “Explotación sexual y pornografía”, op. cit., pp. 337, opina que “Así, cuando no exista consentimiento por parte del sujeto pasivo (por ser menor de 13 años o por no haber emitido un consentimiento válido en los casos de mayores de 13 años y menores de 18) la incriminación de la conducta puede encontrar su justificación en la afectación negativa que este tipo de actos puede tener para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor. En los restantes casos la conducta carece de la lesividad necesaria para ser elevada a la categoría de delito”.

⁹² GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual”, op. cit., pp. 141 y 142. Lo reitera en su posterior trabajo, GÓMEZ TOMILLO, “Artículos 185 y 196”, en GÓMEZ TOMILLO (director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 738.

⁹³ Por todos, CARMONA SALGADO, “Delitos contra la libertad”, op. cit., p. 213.

185 y 186 CP y de su puesta en relación con los arts. 181.1 y 2 CP, que contienen expresas referencias al consentimiento”⁹⁴.

Como el propio Gómez Tomillo admite, en realidad “[...] estamos ante una disyuntiva que se debería solucionar expresamente en la Ley, probablemente armonizando la edad establecida en este delito y la dispuesta para mantener relaciones sexuales libres de sanción penal”⁹⁵.

Podría efectivamente entenderse, como antes se decía, que la edad de los dieciocho años se justifica en el hecho de que quien no ha alcanzado la misma, aun teniendo ya dieciséis y por tanto libertad sexual para decidir y consentir prácticas sexuales, se encuentran todavía en un momento vital en el que su acercamiento al mundo sexual es incipiente y su formación y desarrollo en esta materia no está completamente acabada. Es lo que quizás entienda el legislador. Pero es difícil pensar que esa deficiente formación se considere relevante en un ámbito, en principio, de menor impacto emocional que el que conlleva el ejercicio de una relación sexual de contacto. De ahí que, por ejemplo, algún autor reclame en estos delitos, al menos, una cláusula similar a la del art. 183 quater que permita dejar “fuera del ámbito típico de estos preceptos todas aquellas conductas de exhibicionismo o de divulgación de pornografía válidamente consentidas por un menor de dieciséis años”⁹⁶.

1.3.2. Prostitución y explotación sexual

También en las conductas descritas en el art. 188 se acude al concepto de menor de edad, esto es, la edad de dieciocho años, para definir el sujeto pasivo del delito. Éste es el criterio que impera en la normativa supranacional. Como antes se señalaba, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 indica que la persona objeto de protección de la misma es el niño, entendiéndose como tal el menor de dieciocho años de edad (art. 1), salvo que haya alcanzado la mayoría de edad antes en virtud de su ley interna aplicable; pero, tratándose de cuanto implique explotación del menor, debe entenderse que el sujeto pasivo ha de ser siempre todo menor de dieciocho años, incluso aunque haya alcanzado la mayoría de edad o la edad de consentimiento sexual conforme a la ley

⁹⁴ VENTURA PÜSCHEL, “Exhibicionismo y provocación sexual”, op. cit., pp. 653 y 654.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual”, op. cit., p. 141. También ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO, “Introducción al estudio de los delitos”, op. cit., pp. 27 y ss., manteniendo que “[...] de *lege ferenda*, y para evitar las paradojas a las que anteriormente se hacía referencia, sería deseable que se restringiera el ámbito de aplicación de estos delitos a los menores que estuvieran por debajo del umbral de la edad de consentimiento sexual (en España, trece años) [ahora dieciséis]”.

⁹⁶ Así, GARCÍA ÁLVAREZ, “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 12: *La reforma del Código penal a debate*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2016, p. 287. Crítico con la limitación de esta cláusula a concretos delitos, detenidamente RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, op. cit.

de cada estado⁹⁷. También se ha optado por esta edad de dieciocho en la normativa europea, conforme a la Directiva 93/2011/UE, aunque el Parlamento Europeo posteriormente aconsejara elevar dicha edad hasta los veintiún años en su Resolución de 26 de febrero de 2014 sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género⁹⁸.

De nuevo por tanto la distinción que obliga a entender que quien tiene dieciséis o diecisiete años podrá dar su consentimiento para mantener relaciones sexuales pero no podrá comercializar con su sexualidad, lo que de nuevo sólo puede justificarse entendiéndose que el menor de edad no tiene todavía capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en este ámbito en cuanto se trata de actividades que se puede considerar se apartan considerablemente de las conductas sexuales mayoritarias⁹⁹, aunque ello implicará optar por un concreto modelo de ejercicio de la libertad sexual que privilegia determinadas modos, digamos, más “tradicionales”, al menos en su aceptación entre determinados (aun mayoritarios, al menos públicamente expresados) ámbitos de población.

A este respecto señala González Tascón que “Quienes pertenecen a estos grupos de personas presentan una mayor vulnerabilidad en comparación con las personas adultas frente a su posible utilización en actividades de naturaleza sexual debido a que en el momento evolutivo en que se encuentran o por sus limitadas capacidades psíquicas gozan de una menor o nula capacidad para comprender en su justa medida la trascendencia de la prostitución y valorar las consecuencias, inmediatas y futuras, que de la misma se derivan para su desarrollo personal, y no sólo en el plano sexual. No pudiéndose hablar, consecuentemente, de un ejercicio libre de la prostitución por su parte al carecer de la capacidad de emitir un consentimiento informado”¹⁰⁰.

Esto es, la persona mayor de edad puede ejercer la prostitución libremente y la de menor de edad puede tener relaciones sexuales corporales libremente -desde los dieciséis años-, pero en este caso no puede cobrar por ello (y aquí entraríamos en toda la controversia sobre lo que implica el propio concepto de prostitución -sexual o de otra índole-, en la que no cabe detenerse), porque ello penaliza la conducta de quien interactúa con ella. ¿Qué trata de protegerse con ello realmente? ¿Se entiende que la prostitución es nociva? Entonces, ¿por qué no se penaliza? Y si no lo es, en

⁹⁷ Véase RODRÍGUEZ MESA, “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 32, 2012, pp. 208, señalando que “La referencia explícita a la “explotación” en los dos últimos subapartados del artículo 34 de la Convención y el establecimiento del techo de los 18 años por parte de la Convención suplementaria de 1956 a los efectos de ‘explotación’, implica que en el caso de estos dos subapartados se considerará niño a cualquier menor de 18 años, y ello con independencia de si ha alcanzado la mayoría de edad conforme a su legislación y de si ha prestado o no su consentimiento”.

⁹⁸ Sobre ello, GONZÁLEZ TASCÓN, “La explotación sexual de los menores: El caso de la prostitución del menor”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 122, 2017, p. 158.

⁹⁹ Así, Díez Ripollés, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 6, 2000, pp. 76 y ss.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, “La explotación sexual de los menores”, op. cit., pp.157 y 158.

cuanto no se penaliza, ¿por qué entender que hay que prevenir al mayor de edad sexual frente a ella?

Indica, entiendo que con razón, Núñez Fernández que “[...] el delito que regula el actual art. 187.1 CP [actualmente art. 188.1 y 4] debe desaparecer de nuestro ordenamiento ya que tiene una razón de ser meramente simbólica, de alta carga moralizante, y existe como expresión de rechazo a un determinado modo de practicar la sexualidad. Un rechazo a la prostitución per se, de la que se quiere alejar a toda costa a los menores e incapaces para que tengan ‘un adecuado proceso de formalización y socialización [...]’. Desde aquí se propone como solución descriminalizar las conductas no abusivas ni coactivas relacionadas con la prostitución que afecten a menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y ampliar el ámbito típico de las intervenciones coactivas o abusivas en la prostitución cualesquiera que sean los sujetos pasivos. Con ello se podría resolver parte de los problemas planteados y otorgar suficiente protección a los menores e incapaces en el ámbito de la prostitución y de fenómenos análogos”¹⁰¹.

A este respecto insiste Pérez Alonso en que las personas de dieciséis y diecisiete años tienen ya plena libertad sexual para mantener relaciones sexuales, por lo que deberían poder llevar a cabo actos sexuales como quieran sin que se penalice que decidan llevarlas a cabo a cambio de una remuneración económica, es decir, prostituyéndose si así lo desean, incluso aunque convirtieran esa actividad en su forma de vida, y aceptando que, en todo caso, en estos delitos de prostitución de menores debería regir al menos una cláusula como la del art. 183 quater, en virtud de la cual una persona con menos de dieciséis años pudiera consentir libremente para solicitar, aceptar u obtener una relación sexual a cambio de precio con otra próxima a ella en edad y madurez sin que se penalice a esta segunda persona¹⁰², si bien no parece que este tipo de conductas respondan a la realidad social estadística de quienes se mueven en el ámbito de la prostitución.

En parte de la doctrina, sin embargo, se ha insistido en que cuando este tipo de conductas implican a un menor de dieciséis años afecta a su indemnidad sexual, pero que cuando tiene ya dieciséis o diecisiete años lo que se ve afectada es su libertad sexual. Así lo expresa, por ejemplo, García Pérez, cuando afirma, en relación a la regulación antecedente de la actual, que “[...] se castiga la inducción y el favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces sin hacer alusión expresa a circunstancia alguna que venga a limitar su libertad sexual. No obstante, también

¹⁰¹ NUÑEZ FERNÁNDEZ, “Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 17, 2015, pp. 56 ss.

¹⁰² PÉREZ ALONSO, “Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 17, 2017, p. 218 y 219, en consideraciones que entiende deben hacerse extensibles a todas las conductas relativas a menores que, teniendo capacidad para ejercer libremente la sexualidad, deben ser tratados con la misma tutela que se brinda a la persona mayor de edad.

aquí cabe ligar las conductas a un atentado de ésta. Efectivamente, en la prostitución el ejercicio de la sexualidad se vincula a la obtención de una retribución económica. Y no se puede olvidar el poder distorsionador que ésta tiene en el proceso de deliberación de menores e incapaces [...]. La particularidad respecto de éstos radica en que en el art. 187 la sola presencia del móvil económico se ha generalizado como factor que plasma una asimetría de poder [...]. De ahí que sea bastante dudoso que la decisión de dedicarse a esta actividad y su ejercicio se verifiquen en condiciones de plena libertad”¹⁰³. Se entiende en definitiva que realmente la capacidad para consentir sexualmente que se alcanza con los dieciséis años no implica auténtica capacidad para decidir en plena libertad, que sólo se alcanzaría con una edad de dieciocho años que es la que garantizaría la posibilidad de autorrealización plena en materia sexual. Así, incluso desde la psicología se propone suprimir en este contexto el término prostitución y su sustitución, cuando de menores se trate, por el de comercialización o instrumentalización en cuanto aquél (a salvo de conductas violentas, intimidatorias, etc.) conlleva una idea de intercambio libre de prestaciones, que no cabe aceptar en el caso de los menores¹⁰⁴.

Pero aun aceptando esto, que cabría debatir, la cuestión a decidir seguiría siendo la de cuándo se entiende que puede darse ese intercambio en libertad, si con la “mayoría de edad civil” o con la “mayoría de edad sexual” y si efectivamente el poder distorsionador del dinero es de una magnitud tan importante -y en todo caso mayor que el que pueda tener, por ejemplo, el engaño o el abuso de posición de confianza, autoridad o influencia- como para obligar a presumir *iures et de iure* que condiciona a la persona de dieciocho años de un modo tal que le convierte automáticamente en una de dieciséis (a estos efectos). Quizás de nuevo estamos ante un modelo concreto de entender la sexualidad que nada tiene que ver con la idea de autonomía personal a la hora de decidir cómo ejercerla.

1.3.3. Pornografía infantil

No parece existir unanimidad a la hora de definir qué debería entenderse por pornografía infantil, dependiendo, según explica Morillas Fernández, de la rama

¹⁰³ GARCÍA PÉREZ, “Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Arts. 187 y 188”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 482 y 483.

¹⁰⁴ LÓPEZ y GUIJO, “Explotación comercial e instrumentalización sexual de menores”, en *Intervención Psicosocial*, vol. 12, nº 1, 2003, pp. 66 y 67, mantienen a este respecto que “[...] si entendemos la prostitución infantil como la acción de contratar u ofrecer los servicios de una persona menor para realizar actos sexuales a cambio de dinero o contraprestación material, la prostitución infantil existe. Pero, no es menos verdad que si entendemos la prostitución como un servicio sexual con «consentimiento informado» o «como un trabajo voluntariamente aceptado», el concepto de prostitución infantil no tiene sentido porque, por un lado, no se da en él esta característica [...] y, por otro, oculta la naturaleza abusiva de la prostitución infantil”. Se habla, no obstante, de prostitución infantil, no adolescente, no juvenil.

social que se enfrente a dicha definición¹⁰⁵. Sin embargo, jurídicamente de nuevo es frecuente que se acuda a la edad de dieciocho años para delimitar el concepto, con excepciones o matizaciones, como la que establece el Convenio sobre ciber-criminalidad del Consejo de Europea de 23 de noviembre de 2001, cuando en su artículo 3 apartado 3 señala que : “[...] por «menor» se entenderá toda persona menor de dieciocho años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de dieciséis años”. En su momento el legislador español no hizo uso de esta facultad, lo que sorprendió a la doctrina, por cuanto entonces a partir de los trece años (no ya dieciséis), era posible la autode-terminación sexual¹⁰⁶.

Ello ya no es posible en la actualidad en cuanto la Decisión Marco 2004/68/JAI define al niño en su art. 1.a) cualquier persona menor de 18 años, el 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 hace lo mismo en su art. 3.a)¹⁰⁷ y la Directiva 2011/92/UE define al menor en su art. 2.a) como toda persona menor de 18 años.

De nuevo aquí opta el legislador español por aceptar la edad de los dieciocho años como límite de las conductas punibles del art. 189. Y de nuevo aquí hay que cuestionarse por qué una persona de dieciséis o de diecisiete años puede decidir mantener relaciones sexuales corporales pero no formar parte de espectáculos exhibicionistas o pornográficos o de la elaboración de material pornográfico. Así, claramente, García Álvarez destaca que “El que la edad hasta la que se protege a los menores en cuanto sujetos pasivos de estas conductas sean los dieciocho años podría ciertamente pensarse que constituye [...] una contradicción: el legislador reconoce cierta libertad sexual a los menores de dieciséis años, en la medida en que pueden consentir válidamente un contacto sexual; y después niega relevancia a su voluntad a la hora de participar en la elaboración de material pornográfico, protegiéndoles, incluso, en contra de la misma; cuando también en este contexto puede plantearse el interrogante de qué pasaría si se tratara de menores de edad que se graban, de mutuo acuerdo, mientras mantienen relaciones sexuales para después visionarlo, ¿habría que sancionarlos con arreglo a este precepto?, ¿y si se tratara de un menor de edad que en el curso de una relación sexual completamente libre y

¹⁰⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 71 y ss.

¹⁰⁶ Véase ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, “El delito de pornografía infantil”, en QUINTERO OLIVARES (director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 455.

¹⁰⁷ Sobre el mismo y sobre su adaptación a la legislación penal española, MARCOS MARTÍN, “Un nuevo paso en la ducha contra la explotación sexual infantil: el Convenio del Consejo de Europea para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 1, 2011, pp. 100 a 111, y GONZÁLEZ TASCÓN, “La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 8, 2012, pp. 71 y ss.

consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión?”¹⁰⁸.

De nuevo surgen aquí las dos posibles alternativas a la literalidad legal que se planteaban cuando se hacía referencia a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Interpretar sistemáticamente el término “menores de edad” en el precepto, entendiendo por tales a los que sean menores de la edad de libre consentimiento sexual, es decir, los dieciséis años. O aceptar que, aun entendiendo que el art. 189 se refiere a los menores de dieciocho años, la conducta debería considerarse penalmente irrelevante cuando de personas de dieciséis o de diecisiete años de edad se trate, habida cuenta de que los comportamientos llevados a cabo serán expresión de su libertad sexual, de la que ya dispone por haber alcanzado la mayoría de edad sexual¹⁰⁹. Ambas difíciles atendiendo la clara literalidad del precepto. Si el legislador hubiese querido establecer aquí una edad distinta de los dieciocho años, lo podría haber hecho¹¹⁰. Por ello debe entenderse que aun aceptando que el consentimiento del menor de dieciocho años es válido para las relaciones que han podido tener lugar mientras se producen las conductas del delito de pornografía, lo que no puede es consentir la elaboración de material visual con dichas relaciones¹¹¹.

¿Cuál es entonces el fundamento para que también aquí la edad relativa a la pornografía sea superior a la de la posibilidad de consentimiento libre de las relaciones sexuales corporales?

Una explicación similar a la expuesta en los delitos ya vistos la da De la Rosa Cortina argumentando que la aparente paradoja consistente en que una relación sexual que subyace al material pornográfico no vaya a ser delictiva, pero sí la producción del material que se grabe o se difunda, no es realmente tal paradoja, por cuanto el delito relativo a la pornografía del que es sujeto pasivo ese menor aunque

¹⁰⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, “El menor como sujeto pasivo de delitos”, op. cit., pp. 36 y 37. Véase también BAUER BRONSTRUP, *Los delitos de pornografía infantil*, op. cit., pp. 173 a 175. Asimismo, RODRÍGUEZ MESA, “Explotación sexual y pornografía”, op. cit., p. 338. Muestra igualmente su perplejidad RAMALHO DE FARIAS, “La incidencia de la normativa internacional en la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos relativos a pornografía infantil”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, p. 15, observando lo contradictorio que resulta que “el mismo legislador considere como válido el consentimiento para actividades sexuales desde los trece [ahora dieciséis] y, de otro lado, que lo desconsidere hasta los dieciocho en relación con la realización de pornografía. El error del legislador parece flagrante al dar tratamiento diverso en casos de índole sexual como en el ejemplo de una pareja joven que desde los trece años puede decidir libremente mantener relaciones sexuales sin incidir en ningún tipo penal, pero no puede grabarlas y difundirlas por medios tradicionales o por Internet, aunque les apetezca. Destacarse que tienen capacidad para lo más, que son las relaciones sexuales desde los trece años y parece, sin embargo, que todavía no la tienen para lo menos, la divulgación de las imágenes. Por lo tanto, parece haber dudas sobre si se busca realmente tutelar la libertad o indemnidad sexual o algún otro bien jurídico”.

¹⁰⁹ Así, entre otros, RAMÓN RIBAS, “Los delitos de abusos sexuales a menores”, op. cit., pp. 1605 y ss.

¹¹⁰ Expresamente, MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico*, op. cit., p. 216.

¹¹¹ Así, muy detenidamente, DE LA ROSA CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

tenga dieciséis o diecisiete años está protegiendo al menor maduro frente a actuaciones que le perjudican -aunque no aclara el autor por qué o cómo se le está perjudicando-, de igual modo que en otras ocasiones el ordenamiento jurídico le protege frente a actos de disposición de su derecho a la intimidad y a la propia imagen, tratándose de actos en los que la lesividad es menor que en la producción de material pornográfico, por lo que con más sentido en esta última¹¹², argumento que sin embargo obvia el hecho de que dicha protección de la intimidad o la propia imagen sólo cabe en ausencia de consentimiento libre y que en ella la edad que se utiliza es siempre la misma para todos los delitos de esta índole.

En una línea similar, pero que sigo insistiendo implica un concreto modo de entender la sexualidad que aquí no se comparte en absoluto, la da Cabrera Martín cuando afirma que “[...] la utilización de menores en el ámbito de la pornografía no siempre es asimilable a su mera intervención en una actividad sexual, en la medida en que la pornografía, cuando media utilización de menores, no sólo supone que esos menores se han visto directamente involucrados en un contexto sexual, sino también que el hecho ha quedado plasmado en un soporte perdurable y que puede tener una difusión de difícil o imposible control. Por este motivo, creemos que está justificado considerar pornografía infantil, a efectos criminológicos, a la que representa a menores de dieciocho años”¹¹³, lo que o apunta a la tutela de un bien jurídico diferente del que puede aceptarse para los abusos sexuales o a un mismo bien interpretado de forma diferente en función de decisiones legislativas irracionales o sólo justificadas -insuficientemente- en normativa internacional para concretos delitos, lo que, como insisto en señalar, y esto es de verdad lo que debería explicarse con mayor claridad, nos lleva a un modelo de sexualidad que no sé si es el que tiene en cuenta el verdadero interés del menor.

2. La edad del sujeto pasivo en los tipos agravados de delincuencia sexual

Diferentes edades del menor también son atendidas, en distintos delitos, para agravar la pena de sus responsables.

Así, los abusos y las agresiones genéricos se agravan por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, entre otros factores, y salvo lo dispuesto en el art. 183 (art. 180.1.3^a), con la controversia que genera esta remisión, antes ya comentada, y la propia previsión conjunta de ambos artículos. Los abusos y agresiones a menores de dieciséis años se agravan por el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima que la coloquen en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años (art. 183.4.a), incremento penológico aquí sí de perfecta justificación en la especial lesividad de la conducta¹¹⁴. Cuestión distinta

¹¹² DE LA ROSA CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil*, op. cit.

¹¹³ CABRERA MARTÍN, “La pornografía infantil”, op., cit., pp. 252 y 253.

¹¹⁴ Véase, GÓMEZ TOMILLO, “Artículos 183 y 183 bis”, op. cit., p. 728.

será la diferente redacción dada a cada agravación en los distintos delitos que a continuación veremos, la distintas edades utilizadas (aquí, la de cuatro años) y la previsión en unos tipos pero no en otros, aspectos no siempre (más bien nunca) debidamente explicados legalmente.

Así, en el delito de acoso sexual, el ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad es de nuevo una circunstancia que agrava el tipo básico (art. 184.3), lo que específicamente aquí encuentra justificación para alguna autora en la mayor facilidad para la comisión del delito¹¹⁵.

En los apartados 1 pfo.2, 2 inciso 2º y 4 inciso 2º del art. 188 se agrava el delito de prostitución de menores por ser la víctima menor de dieciséis años. Y en el apartado 3.a) por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, que podría entenderse no puede ser superior a dieciséis años, a pensar del silencio legal a este respecto. Ello conllevaría la paradoja, como bien explica González Tascón de que “si aplicamos el tipo del artículo 188.1.p. 2, la pena de prisión es de 4 a 8 años; mientras que si optamos por apreciar la circunstancia agravante de la especial vulnerabilidad por razón de la edad, la pena de prisión, si bien tiene un límite mínimo más alto que el de la anterior (5 años y 1 día), presenta un límite máximo inferior (7 años y 6 meses)”. Una incoherencia similar de límites se produciría, habría que añadir, en relación al art. 188.2 pfo. 2. La subsanación para esta autora a través de la apreciación de la circunstancia del apartado 3.a) sobre la del pfo. 2 del apartado 1 (y, en su caso, sobre la del pfo. 2 del apartado 2) no sería posible a su juicio porque “[...] la apreciación de la especial vulnerabilidad de la víctima se ha basado precisamente en su edad. Consiguientemente la aplicación de la circunstancia agravante el artículo 188.3 a) sobre el tipo cualificado del artículo 188.1 p. 2 depende de que el origen de esa especial vulnerabilidad se sitúe en otro factor”¹¹⁶, quedando sin resolverse el problema. A ello se añade que la circunstancia del apartado 3 no cabe referirla a las conductas del apartado 4, con lo cual aquí, haya o no vulnerabilidad, la pena agravada será igual en todos los supuestos de minoría de dieciséis años. Téngase en cuenta que esta distinción entre menores de dieciséis y menores de dieciocho años encuentra su fundamento en el art. 4 de la Directiva 2011/93/UE, que diferencia que el menor de edad haya alcanzado o no la edad de consentimiento sexual, lo que no se hace ni en el 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 ni en el Convenio de Lanzarote¹¹⁷. Demasiadas contradicciones legales, muchas veces irresolubles.

¹¹⁵ Señala MATA LLÍN EVANGELIO, “Acoso sexual a menores”, op. cit., pp. 87 a 105, que la agravante “[...] concurrirá con facilidad, sola o acompañada de alguna otra de las descritas en el párrafo segundo del art. 184 C.P”, con la diferencia penológica que prevén los dos incisos del apartado 3.

¹¹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “La explotación sexual de los menores”, op. cit., p. 173.

¹¹⁷ Así lo recuerda AGUADO CORREA, “La prostitución infantil en el proyecto de reforma del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los*

El delito relativo a la pornografía infantil se cualifica también por ser la víctima menor de dieciséis años (art. 189.2.a.), edad que ha de referirse lógicamente a menores reales, sin que quepa la agravación en supuestos de pornografía virtual o técnica¹¹⁸, porque lo que el apartado 1 pfo. 2 define es el concepto de pornografía, no el concepto de menor. La justificación de la agravación se ha basado en la existencia de una mayor reprochabilidad cuando la víctima no goza de libertad para consentir sexualmente desde la perspectiva legal¹¹⁹, pero ello deja sin explicar por qué se penaliza la conducta cuando dicho consentimiento sí existe¹²⁰ y en qué consiste ese *plus* de lesividad si se entiende que estamos ante un proceso de formación y desarrollo sexual ya finalizado.

3. *La cláusula del art. 183 quater*

A toda esta confusión de edades se añade en 2015 la previsión de la cláusula excluyente de responsabilidad del art. 183 quater, en virtud de la cual se exonera de responsabilidad penal a quien mantiene relaciones sexuales (en el amplio pero no total sentido en que las definen los arts. 183, 183 bis y 183 ter) consentidas con un menor de dieciséis años cuando la edad y el grado de desarrollo o madurez de ambas partes resultan próximos, adelantándose la edad de consentimiento sexual no ya a la de dieciséis, catorce a doce, sino de modo absoluto (¿once años, diez?). Pero sólo cuando esas relaciones sean las que define en tales artículos –en relación a ese concreto modo de relacionarse sexualmente–, no en el resto de conductas “contra” menores del Título VIII.

Ya se han escrito numerosos trabajos sobre el contenido, el alcance y la dificultad de interpretar esta cláusula¹²¹. Lo único que aquí interesa destacar es únicamente la limitada previsión para algunos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (siguiendo la terminología de la rúbrica legal), aun cuando haya otros (piénsese en el acceso de menores a pornografía adulta facilitado por compañeros de curso o por -como era en otros tiempos- esos tan ansiados hermanos mayores del compañero) en relación a los que es difícil encontrar la razón para que a ellos no les

menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección, Cizur menor: Pamplona, 2015, pp. 245 y ss., crítica con la distinción penológica.

¹¹⁸ Por todos, DE LA ROSA CORTINA, “Concepto de material pornográfico infantil: los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del proyecto de 2013”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección”*, Cizur Menor: Pamplona, 2015, pp. 338.

¹¹⁹ Véase, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico*, op. cit., p. 295.

¹²⁰ ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal”, op. cit. pp. 285, explicaba con toda razón en relación con el Proyecto de Reforma de 2013 que dio lugar a la actual regulación que “La regulación vigente puede ser explicada por la especial vulnerabilidad de los niños hasta los doce años, cuando ni siquiera han comenzado los cambios físicos y psíquicos que propician el inicio de la sexualidad. Sin embargo, extender la protección agravada hasta los dieciséis, como propone el Proyecto, resulta desproporcionado”.

¹²¹ Véase, con detalle, la interpretación que da de ella Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado. Muy detenida y críticamente el completo trabajo, en su conjunto, de RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, op. cit.

podría ser de aplicación también la cláusula. Así, por ejemplo, la conexión virtual en los términos que describe el art. 183 ter entre personas de quince años llevará en condiciones normales de madurez siempre a la impunidad, ésta ya no será posible si hay actos de carácter sexual en los términos del art. 185 y mucho menos en casos de grabación y difusión de éstos, en los términos del art. 189, en cuyo caso incluso dicha edad de dieciséis años conllevaría una agravación penológica.

VI. Reflexión final

No parece existir razón psicosocial, criminológica o estadística que en los delitos de abuso y agresión sexual y en el de contacto tecnológico con menores explique de modo convincente la fijación de la denominada “edad de consentimiento” en los dieciséis años. Tampoco las a menudo justificaciones de orden jurídico que se dan para ello, sustentadas en pretendidas obligaciones derivadas del derecho internacional, son tales, sino excusas mal argumentadas y fácilmente rebatibles.

Resulta por otra parte contradictorio, y sumamente distorsionador, que el ordenamiento penal, el mismo, maneje una segunda edad de posible consentimiento, la de los dieciocho años, en el resto de delitos sexuales. Contradictorio porque, al menos en relación a algunas de las conductas de los Capítulos IV y V del Título, el desvalor se intuye menor. Distorsionador porque dificulta entender qué puede hacer el menor de edad y qué no y condiciona el ejercicio de una sexualidad que el legislador parece concebir de una forma muy concreta, muy arcaica y muy poco atenta a la realidad social actual de, al menos, la juventud y la adolescencia. Entender que el menor de edad puede ver condicionado su correcto proceso de formación sexual, que es lo que supone lesiona quien, aun por ejemplo menor de edad y compañero de aprendizaje vital, le exhibe material pornográfico adulto es no entender nada, es vivir alejado de la realidad. Se ha aplaudido la derogación del denostado delito de corrupción sexual del viejo art. 189.4 y, sin embargo, siguen existiendo preceptos – así, en los arts. 185, 186, 189.1 pfo. 2 c) y d)- sonrojantes.

El legislador debe replantearse su cometido, su modo de hacer y su conexión con la realidad. Al menos en esta materia. Si no, quizás cause más daño personal que el que dice pretender evitar.

Bibliografía

- ACOSTA PATIÑO, Rafael, “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1992, pp. 120 a 172.
- AGUADO CORREA, Teresa, “La prostitución infantil en el proyecto de reforma del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

- AGUADO LÓPEZ, SARA, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en BOIX REIG (Director), *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. 1. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Madrid: Iustel, 2ª ed., 2016, pp. 415 a 463.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12-11, 2010, pp. 1 a 44.
- ALFARO GONZÁLEZ, María y OTROS, “Hábitos sexuales en los adolescentes de 13 a 18 años”, en *Revista Pediatría Atención Primaria*, vol. 17, nº 67, 2015, pp. 217 a 225.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Explotación sexual y pornografía infantil (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 15 (suplemento), 2006, pp. 89 a 97.
- BAUER BRONSTRUP, Felipe, *Los delitos de pornografía infantil. Análisis del art. 189 CP*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2018.
- BOIX REIG, Javier, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en BOIX REIG (Director), *Derecho Penal: Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Madrid: Iustel, 2ª ed., 2016, pp. 389 a 398.
- BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique. “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor: Aranzadi, 2001, pp. 1007 a 1031.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Art. 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores) *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 521 a 571.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, en *Revista Penal*, nº 38, 2016, pp. 40 a 67.
- CABRERA MARTÍN, Myriam, “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, en LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS (Coordinadores), *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 401 a 417.
- CABRERA MARTÍN, Myriam, “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 121, 2017, pp. 203 a 256.
- CABRERA MARTÍN, Myriam, *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la Política criminal internacional*, Madrid: Dykinson, 2019.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 80, 2011.

- CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II, del Código Penal. Agresiones sexuales. Abusos sexuales”, en COBO DEL ROSAL (Director), *Compendio de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 174 a 220.
- CARMONA SALGADO, Concepción, “Protección penal de los menores en el marco de algunos supuestos agravados del art. 180 CP”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, pp. 173 a 216.
- CAROU GARCÍA, Sara, “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 56, 2018, pp. 23 a 40.
- CARUSO FONTÁN, Viviana, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, en *Revista Penal*, nº 28, 2011, pp. 29 a 43.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. “La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 128, 2017, pp. 1 a 6.
- CASTELLO NICÁS, Nuria, “La agravante ‘víctima especialmente vulnerable por razón de su edad’ en el delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de 13 años y la posible vulneración del principio non bis in idem”, en *Actualidad Penal*, nº 37, 1999, pp. 717 a 726.
- COMPAÑY CATALÁ, José Miguel, “La mayoría de edad a efectos de validez del consentimiento sexual”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 206, 2014, pp. 12 a 16.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Director), *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. VII, 1997, pp. 197 a 273.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 112, 2014, pp. 5 a 46.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, pp. 1 a 45.
- CUGAT MAURI, Miriam, “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la decisión marco 2004/68/JAI (arts. 187 y 188)”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 173 a 176.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 15, 2001, pp. 39 a 61.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *Derecho Penal europeo y legislación española: la reforma del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19:10, 2017, pp. 1 a 28.

- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Concepto de material pornográfico infantil. Los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del Proyecto de 2013”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores; adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 303 a 342.
- DÍEZ CORTÉS, Lina Mariola, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español –art. 183 bis C.P.–”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2012, pp. 289 a 318.
- DÍEZ CORTÉS, Lina Mariola, “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 13, 2015, pp. 13 a 50.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 6, 2000, pp. 69 a 102.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Artículos 178-183”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores) *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 209 a 389.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, Beatriz, “El delito de pornografía infantil” en QUINTERO OLIVARES (director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 447 a 458.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código penal español (art. 189.2). Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 18, 2006, pp. 171 a 228.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz, *El Derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid: Dykinson, 2014.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en GUMÁN DALBORA y SERRANO MAÍLLO (Editores), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 703 a 725.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “Delitos y TICS. Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se califique como tal)”, en CUERDA ARNAU (Directora) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Coordinador), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 194 a 217.

- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D”, en *Revista penal*, nº 42, 2018, pp. 67 a 81.
- FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel y TERUEL GARCÍA, Ismael, “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 125 a 137.
- FUERTES IGLESIAS, Carlos, “La respuesta penal ante los delitos sexuales a menores”, en *III Foro de debate. I Simposio Nacional de Psiquiatría Legal y Ciencias Forenses, Sociedad Aragonesa de Psiquiatría y Ciencias Forenses*, Zaragoza, 2014.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 3, 2000, pp. 65 a 115.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 281 a 302.
- GARCÍA ÁLVAREZ Pastora, “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, pp. 1 a 55.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 12: *La reforma del Código penal a debate*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2016, pp. 261 a 320.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XII, 1999, pp. 63 a 88.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. Arts. 187 y 188”, en DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coordinadores,) *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 187 a 519.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 5, 2005, pp. 123 a 171.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículos 183 y 183 bis”, en GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 727 a 732.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículos 185 y 186”, en GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 737 a 743.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 18-15, 2016, pp. 1 a 31.

- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol, XXXI, 2011, pp. 207 a 258.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “La protección penal de los menores en la esfera sexual a la luz del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 8, 2012, pp. 71 a 118.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “La explotación sexual de los menores: El caso de la prostitución del menor”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 122, 2017, pp. 133 a 185.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, “‘On-line child grooming’ en Derecho penal español”, en *InDret*, nº 3, 2016, pp. 1 a 47.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 139 a 182.
- HELLMÉR, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “El nuevo delito de online child grooming (art. 183 bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 425 a 448.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal”, en *Jueces para la democracia*, nº 27, 1996, pp. 50 a 61.
- LÓPEZ, Félix y GUIJO, Valeriana, “Explotación comercial e instrumentalización sexual de menores”, en *Intervención Psicosocial*, vol. 12, nº 1, 2003, pp. 65 a 81.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix y GONZÁLEZ ORTEGA, Eva, “Abusos sexuales a menores y sexualidad infantil: una frontera por definir”, en *Sexología Integral*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 21 a 29.
- MARCO FRANCIA, María Pilar, “Sexualidad, violencia y Derecho penal”, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 130, 2018.
- MARCOS MARTÍN, Teresa, “Un nuevo paso en la ducha contra la explotación sexual infantil: el Convenio del Consejo de Europea para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 1, 2011, pp. 100 a 111.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, “La incorporación del ‘antiguo’ delito de corrupción de menores en el ‘nuevo’ Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 68, 1999, pp. 321 a 346.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, “El Derecho penal ante el fenómeno del turismo sexual infantil”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 96, 2008, pp. 101 a 127.

- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Acoso sexual a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 87 a 105.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual del menor”, en MARTÍNEZ GARCÍA (Coordinador), *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y de la adolescencia*, Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 480 a 501.
- MOLINA MANSILLA, Carmen, “Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de child grooming: aspectos más significativos de las reglas concursales”, en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 136, 2019.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona: Bosch, 2011.
- MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Artículo 185”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) *Comentarios al Código Penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 318)*, 5ª edición, Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 360 a 362.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid: Dykinson, 2005.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 10, 2012, pp. 67 a 117.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MORILLAS CUEVA (Director), *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 433 a 486.
- MUÑOZ CLARES, José, “Estudio jurisprudencial sobre la presunción de in consentimiento a efectos sexuales por menores de 13 años de edad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 1 a 30.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015 (se cita también la 13ª ed., de 1999).
- NUÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 17, 2015, pp. 56 a 77.
- ORTS BERENGUER, *Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código penal y en el Proyecto de 2013*, Valencia: Tirant lo blanch.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ALONSO RIMO, Alberto, “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ y ORTS BERENGUER (Coordinadores), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 27 a 37.
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, nº 2, 2009, pp. 82 a 139.

- ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria, *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011.
- PÉREZ ALONSO, Esteban, “Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 17, 2017, pp. 167 a 223.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Un ejemplo más de derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores”, en *Actualidad Penal*, nº 21, 2001, pp. 471 a 508.
- PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en *Diario La Ley*, nº 7915, 2012, pp. 1 a 17.
- PUYÓ MARIN, Carmen, “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, en LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS (Coordinadores), en *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, pp. 125 a 135.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ (Director), *El nuevo Código Penal*, Madrid: La Ley, 2012, pp. 281 a 299.
- RAMALHO DE FARIAS, Alexandre, “La incidencia de la normativa internacional en la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos relativos a pornografía infantil”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, pp. 1 a 38.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Los delitos de abusos sexuales a menores”, en ORTS BERENGUER y CUERDA ARNAU (Coordinadores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1605 a 1638.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, Sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 189 a 237.
- RAMOS TAPIA, Inmaculada, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 107 a 138.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 8, 2012, pp. 195 a 227.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Ciberacoso”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 435 a 446.

- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quater CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 629 a 635.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ MESA, María José, “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en ÁLVAREZ GARCÍA (Director), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 321 a 339.
- RODRÍGUEZ MESA, María José, “El Código penal y la explotación sexual comercial infantil”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 32, 2012, pp. 197 a 246.
- RODRÍGUEZ MESA, María José, “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 32, 2013, pp. 227 a 267.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16:06, 2014, pp. 1 a 25.
- ROPERO CARRASCO Julia, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 225 a 300.
- SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el Derecho penal europeo comparado”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (Directores), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 449 a 462.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª edición, Madrid: Dykinson, 2009.
- STERN BRIONES, Enrique, “Cuestiones legales de los delitos contra la libertad sexual”, en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Coordinador), *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual. Guía de buenas prácticas*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2018, pp. 91 a 107.
- SUÁREZ-MIRA ROGRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC (Director), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 603 a 620.
- SUBIJANA ZUNZUNEGI, Ignacio José, “La victimología infantil: niños víctimas de agresión sexual y sistema judicial”, en *Eguzkilore*, nº 13, 1999, pp. 67 a 84.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía de Menores*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES (Director), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 165 a 172.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva Europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 87 a 105.
- TORRES FERNÁNDEZ María Elena, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-12, 1999, pp. 1 ss.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, (Director), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2º edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 645 a 666.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18:02, 2016, pp. 1 a 27.