



FACULTAD DE DERECHO

LA REFORMA DE LOS ABUSOS Y
AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE
DIECISÉIS AÑOS OPERADA POR LA LEY
ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.

Autor: Ana Rosa Bernabé Peñalver.

4º e-1B.I

Área de Derecho Penal.

Tutor: Manuel Gallego Díaz.

Madrid
Marzo 2017

Resumen en español:

Este trabajo versa sobre la reforma del Código Penal relativa a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo. Esta reforma se debe en gran parte a la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011. En este trabajo primeramente se ha mencionado el objetivo y la finalidad de la Directiva, luego se han expuesto los artículos que ha introducido la misma en relación a los abusos y agresiones a menores de dieciséis años, posteriormente se ha procedido a analizar los del Código Penal, tanto el tipo como las sanciones para finalmente compararlos con los del anterior Código Penal y extraer las correspondientes conclusiones.

Palabras clave:

Reforma, abusos, agresiones, sexuales, menores, dieciséis, elevación.

Summary in English:

This work deals with the reform of the Penal Code on sexual abuse and sexual abuse of minors under the age of sixteen, operated by Organic Law 1/2015, of March 30. This reform is due in large part to the transposition of Directive 2011/93 / EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011. In this work, the aim and purpose of the Directive were first mentioned, Secondly, the articles that have been introduced by the Directive in relation to abuses and assaults on children under the age of sixteen have been set out. Later, the articles of the Penal Code have been analyzed, both the type and the sanctions to finally compare them with the previous Penal Code and draw the corresponding conclusions.

Key words:

Reform, abuse, aggression, sexual, minor, sixteen, elevation.

ANEXO III

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TFG

Nombre y apellidos del alumno:

Ana Rosa Bernabé Peñalver

Curso y Especialidad: 4º e-1bl

Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título La Reforma de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2016-2017..... :

1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.

2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.

Madrid, a 15 de Abril de 2017

Fdo.:

Ana Rosa Bernabé Peñalver.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA REFORMA RELATIVA A LOS MENORES EN LA DIRECTIVA 2011/93/UE.....	8
2.1. OBJETIVOS Y CUESTIONES GENERALES.....	8
3. CUESTIONES CONCRETAS ACERCA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA.....	12
3.1. ELEVACIÓN DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL.....	13
3.2. ABUSOS SEXUALES EN LA DIRECTIVA Y EN EL CÓDIGO PENAL.....	17
3.2.1. <i>Tipo</i>	17
3.2.2. <i>Sanciones</i>	24
3.3. AGRESIONES SEXUALES EN LA DIRECTIVA Y EN EL CÓDIGO PENAL.....	25
3.3.1. <i>Tipo</i>	25
3.3.2. <i>Sanciones</i>	30
3.4. CONSECUENCIAS ACCESORIAS.....	32
3.4.1. <i>El decomiso ampliado</i>	32
3.4.2. <i>Ampliación de perfiles en la base de datos de condenados por delitos de abusos y agresión sexual a menores</i>	37
4. CONCLUSIONES.....	39

Abreviaturas:

Artículo	<i>Art.</i>
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	CDFUE
Código Penal	CP
Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño	CONUDN
Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas	CDNNU
Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 celebrado en Lanzarote	Convenio de Lanzarote
Convención sobre los Derechos de la Infancia	CDI
Convenio de Cibercriminalidad celebrado en Budapest	Convenio de Budapest
<i>Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo</i>	Decisión Marco
<i>Directiva CE 2011/93/UE/2011, 13 diciembre</i>	Directiva
Ley Orgánica	LO
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	LO 1/2015
Página	<i>p.</i>
Real Academia Española	RAE
Sentencia del Tribunal Constitucional	STC
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Tratado de la Unión Europea	TUE
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH

Tribunal Supremo

TS

Unión Europea

UE

1. INTRODUCCIÓN.

En esta investigación se ha analizado la reforma operada por la *LO 1/2015* relativa a los menores, concretamente a los abusos y agresiones sexuales. Esta cuestión encuentra su fundamento en la transposición de la *Directiva CE 2011/93/UE/2011, 13 diciembre* principalmente.

La metodología ha consistido en analizar en primer lugar, el planteamiento, objetivo y finalidad de la Directiva de manera general. En segundo lugar, profundizar sobre las cuestiones concretas que conciernan este trabajo de fin de grado como son los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años tal y como quedan definidas en el título de dicho trabajo. En tercer lugar, indagar, comparar y exponer las controversias suscitadas en relación a las cuestiones concretas de las que trata este trabajo tal y como se ha mencionado anteriormente así como extraer las conclusiones.

En cuanto al plan de trabajo, mi tiempo lo he distribuido de la siguiente manera:

DÍAS	LU	MA	MI	JU	VI	SÁ	DO
HORAS	2	--	4	--	2	--	4

En esta tabla muestro la organización semanal, al principio las horas han sido dedicadas a organizar y estructurar todos los materiales e información obtenida. Para poner orden al trabajo y que no se olvidara nada se ha procedido a realizar una leyenda con colores siendo el amarillo para rellenar las cosas que me faltaban, el rojo para poner las abreviaturas y el verde para añadir anexos.

A lo largo del trabajo se ha ido modificando el índice según se iba profundizando en las cuestiones concretas hasta finalmente completarlo y dejarlo tal y como ha quedado actualmente.

Con todo esto se ha ido poco a poco seleccionado lo relevante y conveniente de todos los materiales de los que se disponía para realizar el trabajo y lo último que se ha llevado a cabo ha sido redactar y matizar para acabar de pulir el trabajo de fin de grado, es decir, corregir los aspectos formales (redacción, citas, notas...). Todo esto se ha hecho con la ayuda de un tutor que ha estado disponible siempre y en todo momento para corregir y ayudar en lo que fuese necesario.

2. LA REFORMA RELATIVA A LOS MENORES EN LA DIRECTIVA 2011/93/UE.

2.1. Objetivos y cuestiones generales.

Este trabajo versa sobre la última reforma que ha sufrido el Código Penal, (en lo sucesivo CP), en relación con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores.

Dicha reforma está afectada por la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, (en lo sucesivo Directiva), de la que entraremos en profundidad más adelante, y por lo que en este apartado respecta, cabe apuntar el planteamiento y los objetivos así como las cuestiones generales más relevantes acerca de la misma. Así, la mencionada Directiva sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, (en lo sucesivo Decisión Marco) y en ella se obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales.¹

Otros hitos que han motivado esta reforma han sido, de acuerdo con la Circular 2/2015, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1989, (en lo sucesivo CDNNU), su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000. Así como también lo fueron el Convenio sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2000, celebrado en Budapest, (en lo sucesivo Convenio de Budapest) y la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 celebrado en Lanzarote, en lo sucesivo (Convenio de Lanzarote).²

¹ Preámbulo (Título XII) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

² Circular 2/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

Tal y como establece la Directiva, la Decisión Marco anteriormente mencionada relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, aproxima las legislaciones de los Estados miembros para tipificar las formas más graves de explotación y abusos sexuales de la infancia, ampliar la competencia nacional y prestar una asistencia mínima a las víctimas.³

En relación a proteger los derechos fundamentales, los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, incluida la pornografía infantil, constituyen graves violaciones de los mismos y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la CDNNU y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (en lo sucesivo CDFUE). Así de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, (en lo sucesivo TUE), la Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la CDFUE, la cual establece que en todas las medidas relativas a la infancia, ya sean adoptadas por las autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del menor sea la consideración primordial. Por otra parte, el Programa de Estocolmo “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, establece una clara prioridad para la lucha contra el abuso sexual y la explotación sexual de los menores, así como contra la pornografía infantil.⁴

En relación a los delitos graves como la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, estos exigen la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. El interés superior del menor debe ser la consideración primordial a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos con arreglo a la CDFUE y la CDNNU. Así, la Directiva debe complementarse plenamente con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo ya que algunas víctimas de la trata de seres humanos también han sido menores víctimas de abusos sexuales o explotación sexual.⁵

³ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE 17 de diciembre de 2011).

⁴ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.1.

⁵ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.2.

En cuanto al concepto de pornografía Tanto el Convenio de Budapest (art. 9.2) como el Convenio de Lanzarote (art.20.2) amplían tal concepto de pornografía infantil. La Directiva por su parte sigue la línea iniciada por el Convenio de Budapest, por la Decisión Marco de 2004 y por el Convenio de Lanzarote y acuña un concepto expansivo, desbordando el que implícitamente regía en nuestro Derecho Penal. En efecto, aunque antes de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo LO 1/2015), no existía un concepto legal de material pornográfico infantil, el CP incorporaba una exigencia normativa que proporcionaba ciertos asideros seguros a la hora de discernir este concepto: en todo caso, el material debía referirse a un menor real, existente. Tras la reforma tal nexo se desvirtúa.⁶

Ahora hay que tener en cuenta que a la hora de interpretar el concepto de material pornográfico infantil deben manejarse los informes explicativos de los Convenios de Budapest y de Lanzarote, para los que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. No es relevante si la conducta representada es real o simulada.⁷

En todo caso, el material pornográfico escrito (novelas, relatos, etc.) no puede incluirse en el radio típico. También hay que señalar que la pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio. Por último, el concepto que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica. Con las nuevas previsiones se incluyen estas modalidades.⁸

Antes de acabar con esta exposición general acerca de la Directiva cabe mencionar las siguientes cuestiones que trata la misma, relativas a los delitos de abuso sexual y explotación sexual en el contexto de las nuevas tecnologías y el acceso a internet.

⁶ Circular 2/2015, de la Fiscalía General del Estado..., cit., p. 3.

⁷ Circular 2/2015, de la Fiscalía General del Estado..., cit., p. 4.

⁸ Circular 2/2015, de la Fiscalía General del Estado..., cit., p. 4.

Por un lado, entre las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores se incluyen las diversas formas de abusos sexuales y explotación sexual de los menores que se sirven de las tecnologías de la información y la comunicación, como el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de chat en línea. El embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad.⁹

Por otro lado, y al mismo tiempo, los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación.¹⁰

Así mismo debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes.¹¹

En este sentido los Estados miembros deben velar por que ofrezca un nivel adecuado de seguridad jurídica y previsibilidad para los usuarios y los proveedores de servicios. Debe entablarse y reforzarse la cooperación entre las autoridades públicas, tanto con vistas a la retirada como al bloqueo de los contenidos de abusos contra menores, con el fin de garantizar que las listas nacionales de sitios web que contienen material pornográfico infantil sean lo más completas posible, y de evitar la duplicación de tareas.¹²

Ahora bien, a pesar de este esfuerzo, la retirada de contenidos de pornografía infantil a menudo no es posible cuando los materiales originales no se encuentran en la Unión, ya sea porque el Estado en que se encuentran los servidores no está dispuesto a cooperar o porque el obtener del Estado en cuestión la retirada del material resulta particularmente

⁹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.2.

¹⁰ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.3.

¹¹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.3.

¹² Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.6.

lento. También pueden crearse mecanismos para bloquear el acceso desde el territorio de la Unión a las páginas de Internet identificadas que contengan o difundan pornografía infantil.¹³

Por último y para acabar con estas cuestiones generales es de interés mencionar el concepto que recoge la Directiva acerca de la edad de consentimiento sexual que en el siguiente apartado desarrollaré en profundidad ya que es objeto central de esta investigación, y en este sentido simplemente apuntar que, a tenor del Título XII del preámbulo de la LO 1/2015, la Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.»¹⁴

Una vez expuestas las cuestiones generales, a continuación, se tratará en profundidad la reforma que ha sufrido el CP, consecuencia de la transposición de esta Directiva, concretamente me centraré en la reforma relativa a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

3. CUESTIONES CONCRETAS ACERCA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA.

Es en esta parte del trabajo se procederá a abordar las cuestiones concretas mencionadas en este título del índice. Como ya se ha establecido, esta reforma ha abordado la transposición de la Directiva y por ello se expondrá en primer lugar, la elevación de la edad de consentimiento sexual ya que es la reforma más relevante que se ha llevado a cabo, en segundo lugar, el tipo y las sanciones respecto de los abusos y agresiones sexuales, en relación a como han quedado recogidas estas mismas cuestiones en nuestro CP comparándolas con la redacción del CP anterior y por último, se recabarán las consecuencias accesorias que tienen relación con los planteamientos descritos.

¹³ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011..., cit., p.6.

¹⁴ Preámbulo (Título XII) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo..., cit.

3.1. Elevación de la edad de consentimiento sexual.

La reforma de 2015 ha elevado la edad de consentimiento del sujeto pasivo a los dieciséis años para protegerse la indemnidad sexual de los menores de esa edad.

El criterio utilizado por el legislador para aumentar esta edad de consentimiento sexual reside simple y llanamente en dos criterios. Por un lado, tener una edad de consentimiento sexual muy baja con respecto a otros países, y por otro lado, la sugerencia por parte del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (en lo sucesivo CONUDN).¹⁵

Así, a tenor de lo establecido en el Título XII del Preámbulo de la LO 1/2015, 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 CONUDN 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 (en lo sucesivo CDI), y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.¹⁶

En este sentido no podemos olvidar la ya citada Directiva, ésta no impone los dieciséis años como la “edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”, sino que la elevación de la edad ha sido justificada a las dos razones ya aludidas, a la necesidad de aproximación al criterio existente en otros países miembros así como a la recomendación del CONUDN. La Directiva, lo que hace es fijar que la edad debe determinarse de conformidad con el Derecho Nacional que en unos países prevé una edad de trece años en otros de catorce años, y en otros de quince.¹⁷

Ante esta situación, es de interés mencionar la opinión recogida por Ramos Tapia, así como por Morillas Cueva.

El primero de los autores no comparte ninguna de las razones en virtud de las cuales intenta justificarse el aumento de la edad por expresar verdades a media. Así, por un

¹⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015. p. 439.

¹⁶ Preámbulo (Título XII) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo..., cit.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, Tirant lo Blanch, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo., p. 206.

lado, el autor mencionado afirma que es cierto que ningún país del entorno contemplaba la edad de trece años, pero incide en que no es menos cierto que la franja predominantemente son los quince y que incluso países tan afines culturalmente a España como son Italia y Portugal la fijan en catorce, siendo ésta la franja que, a su juicio, hubiera debido incorporarse, teniendo en cuenta que no existe ningún estudio sociológico al respecto. (Ver anexo I).

En relación al segundo criterio aducido, el de Naciones Unidas, el autor afirma que no existe ninguna Recomendación dirigida a España por falta de protección de los menores frente a los abusos que suponga un incumplimiento de la CDI ya que lo allí planteado era simplemente una preocupación por la baja del consentimiento sexual en España.¹⁸

El segundo autor, Morillas Cueva, recoge que:

Es precisamente el consentimiento una de las cuestiones más criticables, 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, si no 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 puede, permite hacerlo o no (quince, dieciséis o dieciocho años o la cláusula abierta de permisibilidad cuando a relación se produzca con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez).

Con respecto a la edad de quince años, este autor establece que:

“El legislador introduce la franja de los quince años de edad en el Preámbulo de la Ley, no dándole posteriormente traslación a la modificación de los artículos, por lo que se trata de una referencia vacía de contenido que vendría a configurar un límite fantasma”.

Con lo cual el autor considera que la elevación a los dieciséis años de edad para consentir válidamente en materia sexual es un graso error mientras no existan argumentos científicos, en modo de investigaciones, que lo corroboren, no bastando el débil e ilógico criterio de armonización de edades porque España tenía una franja muy baja, con más razón cuando la evolución y las prácticas sexuales indican una clara

¹⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p.439.

realidad: en torno al 30% de los jóvenes españoles han mantenido relaciones sexuales antes del límite de los dieciséis años.¹⁹

Después de este inciso y siguiendo con el Título XII del Preámbulo de la Ley, este fija que la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis 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. 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.²⁰

Ante esto cabe hacer la siguiente pregunta:

¿Cuándo es apreciable delito si la víctima es mayor de dieciséis años y menor de dieciocho?

En respuesta, el artículo (en lo sucesivo art), 182.1CP ha visto ensanchado su ámbito de aplicación como consecuencia de la elevación de la edad para prestar consentimiento válido para prácticas sexuales a los dieciséis años y, por otra parte, porque el engaño como única causa que motivaba la comisión de este delito, era insuficiente para abarcar todas las conductas que no se incluían en las agresiones o abusos sexuales, habiéndose producido, además, un cambio radical sobre la edad del menor, antes más de trece y menos de dieciséis.

Así el artículo ha quedado redactado sancionando:

“Al que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menos de dieciocho”.

Este tipo parte del consentimiento de la víctima que tiene la edad citada y por tanto su desarrollo intelectual no está completado, lo que motiva que se pueda moldear su voluntad. Por último establecer que las causas del artículo expuesto arriba las cuales dan lugar a un consentimiento viciado responden a que debido a estas pueden hacer que el menor se relaje a la hora de tomar la decisión sobre su actividad sexual o que debido a

¹⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 435-436, 442.

²⁰ Preámbulo (Título XII) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo..., cit.

la relación de autoridad o que aparezca una posición de influencia sobre la víctima, como puede ser de carácter familiar, laboral o por la desproporción de edad le haga difícil al menor oponerse a las peticiones del delincuente.²¹

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, esto será objeto de comentario en el epígrafe posterior.

Por otro lado, también hay que hacer referencia, como ya se ha establecido anteriormente, que en muchos países la edad para contraer matrimonio es de catorce años y por tanto se podrán practicar relaciones sexuales consentidas con otra persona, hombre o mujer, mayor de dieciocho pero próxima en edad y grado de desarrollo o madurez y sería ilógico apreciar en este caso un “abuso” sexual. Por eso se introduce el art.183 quarter CP, así con este artículo, el consentimiento libre del menor de esa edad excluye de responsabilidad penal “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Con ello el legislador en el marco de sus respectivas competencias hace efectiva la previsión contenida en el art 8-1 de la Directiva, en términos casi literales ya que la Directiva remite a la discreción de los Estados la decisión respecto a la respuesta penal ante estos supuestos.^{22 23}

Por tanto con lo expuesto se puede observar que se produce un reconocimiento a la libertad sexual y que es solo tangencial y no absoluto, como acontecía hasta la fecha con la franja de edad de los trece años, la cual marcaba el punto de inflexión en el reconocimiento de la libertad sexual y su diferenciación con la indemnidad. Este reconocimiento vertebraba no el contenido de la libertad en sí sino, particularmente la indemnidad sexual, ya que su identificación como barrera infranqueable frente a comportamientos sexuales externos, pierde toda su esencia, planteándose la compleja tesitura de otorgar validez al consentimiento emitido por menores de dieciséis años siempre y cuando desarrollen un comportamiento sexual con otros cercanos por edad y grado de desarrollo o madurez, por su parte el contenido de dicho artículo lo abordaré en profundidad en el siguiente epígrafe del trabajo. No obstante, el autor dispone que,

²¹ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015., p.136.

²² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial...*, cit., p.206.

²³ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal*, Aranzadi, 2015., p.1320.

una vez incorporada la elevación de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, se hace completamente necesaria esta cláusula de exclusión de la responsabilidad penal basada en el consentimiento de los menores que permita salvaguardar y legitimar las prácticas sexuales llevadas a cabo por los jóvenes españoles, eliminando con ello la ilógica incriminación que se producía.²⁴

Para concluir cabe hacer referencia de nuevo a lo dispuesto por Morillas Cueva, este se pregunta si es tan difícil establecer una franja o límite de edad común a todos los comportamientos de naturaleza sexual en los que se reconozca la validez de las actuaciones del menor. Este autor defiende que esta tarea es imprescindible que la acometa el legislador español y que no entiende que dificultad hay, por ejemplo, en no fijar en una misma edad la capacidad del menor para consentir libremente la realización de actividades sexuales y su consentimiento para ser filmado desarrollado actividades sexuales. Hoy en día el panorama ha cambiado y la utilización de las nuevas tecnologías y formas de comunicación son una realidad, más habitual incluso en la población juvenil que en la adulta y por ello este autor defiende que aprovechando la reforma, se podía haber acotado o reconocido el límite de los dieciséis años como franja para consentir la filmación de actos sexuales siempre que el consentimiento mostrado se hubiera desarrollado libre y voluntariamente, procediendo a un reconocimiento pleno de la autonomía sexual de la persona a partir de la citada franja ya que carece de sentido que, por ejemplo, una pareja de dieciséis y dieciocho años pueda mantener todo tipo de relaciones sexuales pero no puedan, por ejemplo filmarse o que este último pueda poseer el vídeo remitido por su pareja.²⁵

3.2. Abusos sexuales en la Directiva y en el Código Penal.

3.2.1. Tipo.

En primer lugar, es preciso señalar el tipo básico de abuso sexual en la Directiva para posteriormente exponer cómo se ha recogido este tipo en la reforma del CP y por último, poner en relación dicha reforma con la anterior redacción del CP.

²⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 440-442.

²⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 443.

El tipo básico de abuso sexual se establece en el artículo 3 de la Directiva, relativo a “*Las infracciones relacionadas con los abusos sexuales*” apartado 4 el cual reza lo siguiente: “*Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual*”.

A su vez los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva castigan las conductas en las que un menor que no ha alcanzado la edad mínima de consentimiento sexual, presencie actos de carácter sexual o abusos sexuales. Dicho esto los anteriores artículos estipulan lo siguiente:

Por una parte, el artículo 3.2 dicta: “*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*”.

Por otra parte, el artículo 3.3 dicta: “*Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos*”.

Por último, en el artículo 3.5 se establecen las cualificaciones a los tipos establecidos en los apartados anteriores, dicho artículo estipula con respecto a los tipos cualificados lo siguiente:

Realizar actos de carácter sexual con un menor. i) Abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor, o ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia.

A continuación, cabe exhibir como recoge la reforma del CP estas tipificaciones y en este sentido, dicha reforma de 2015 ha añadido algunas modificaciones. Por esta razón se va a proceder a comparar los artículos nuevos con los del antiguo Código Penal para ir construyendo una visión global tanto anterior como posterior a la reforma y así poder extraer los comentarios que se vayan suscitando.

El tipo básico se prevé en el art.183.1 CP el cual establece lo siguiente: “*El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años.*”

Por otra parte, el art.183 del antiguo Código Penal establece que: “*El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor*”.

Este es el tipo básico y lo que ha cambiado respecto del nuevo artículo es la elevación de la edad de consentimiento sexual ya mencionada anteriormente así como el cambio de “*actos que atenten contra la indemnidad sexual*” por “*actos de carácter sexual*”.

En relación a esto cabe manifestar a tenor de la opinión expresada por Pastora García Álvarez, lo siguiente:

La nueva regulación permite entender por abusos sexuales «actos de carácter sexual», con lo que se produce un cambio de expresión que ha de valorarse positivamente, al permitir superar la vinculación de los abusos sexuales a la realización de actos que atenten contra, concretamente, la indemnidad sexual de un menor de determinada edad. Además, se introducen otros dos importantes cambios respecto a la regulación anterior: uno, la edad hasta la que el menor es objeto de esta protección reforzada y diferenciada y otro, el carácter de la presunción de la falta de validez del consentimiento prestado por un menor de dicha edad.

Este incremento de la edad mencionado anteriormente, de los sujetos pasivos a los que se protege en este ámbito a los dieciséis años, no había sido exigido por la Directiva 2011/93/UE, y choca sencillamente con la realidad social actual de nuestro país, ya que los adolescentes se inician sexualmente con menos de dieciséis años. Por lo que, como decía, este incremento de la edad de consentimiento sexual ha de rechazarse de pleno; y ni siquiera es defendible porque se admita, como excepción, como se hace en la regulación vigente, el que los menores de esta edad puedan consentir válidamente actos sexuales.

En efecto, si bien hasta la fecha el legislador negaba relevancia al consentimiento que pudiera prestar en este ámbito todo menor de trece años de edad, presumiendo «iuris et de iure» que existía abuso siempre que se realizara un acto de contenido sexual con persona menor de esa edad, la situación cambia con la regulación vigente. Así, si bien es cierto que en principio se elevan a la categoría de delito los «actos de carácter sexual con menores de dieciséis años», el artículo 183 quater dispone que «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». Por lo que, combinando el contenido de ambos preceptos resulta evidente que el legislador procede a considerar la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con ciertos requisitos, pasando el carácter de la presunción de la falta de validez del consentimiento del menor de esa edad, de tener un carácter iuris et de iure, a tener un carácter iuris tantum.²⁶

En cuanto a lo que puede interpretarse por “acto sexual”, este debe vincularse a cualquier tipo de hecho de contenido sexual en el que exista relación directa

²⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, P., (Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) en Cuadernos penales, José María Lidón, *La reforma del Código Penal a debate.*, núm. 12/2016, Bilbao., p. 266-268.

entre los sujetos intervinientes. El autor Morillas Cueva, menciona en este sentido la definición dada por Suárez-Mira Rodríguez el cual los ha definido como “todas aquellas acciones idóneas para excitar o satisfacer el apetito venéreo y que su entidad y gravedad representen un ataque al bien jurídico protegido”.²⁷

Siguiendo con la opinión del autor, este establece que la duda puede surgir en si es necesario la existencia de contacto directo entre los participantes. En su opinión, no se requiere el contacto corporal entre los individuos ya que puede haber prácticas sexuales donde no se produzca, así citando el ejemplo que pone el autor, puede ser que se dé el caso en el que el menor se desnuda ante el adulto, realizándose algún tocamiento propio mientras este se masturba. Sin embargo, Morillas Cueva menciona la opinión discordante con él de Tamarit Sumalla²⁸ el cual entiende que los actos de carácter sexual sí implican un contacto corporal directo entre autor y víctima, de acuerdo con lo establecido en el art.183bis CP que más adelante expondré.

A este tipo básico al igual que al de agresiones sexuales, que más adelante se expondrá, cabe aplicar una cualificación cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Esta cualificación se estipula en el art.183.3 CP el cual recoge: “*Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”.

En cuanto a lo estipulado en este sentido por el antiguo Código Penal cabe mencionar el art.183.3 CP el cual establece lo siguiente: “*Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”. Como podemos observar esta cualificación no ha variado y se mantiene intacta en el nuevo Código Penal.

Por otro lado, el art.183.4 CP fija lo siguiente:

Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

²⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...* cit., p. 447.

²⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 447.

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

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

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

En él se contienen una serie de cualificaciones. Algunas de ellas se basan en la propia condición de la víctima, como el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima o el hecho de tener un trastorno mental, cuando a hubiera colocado en situación de total indefensión, y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. Otras se basan en la condición del autor, como que le hecho se cometa con la actuación conjunta de dos o más personas, que el responsable se prevalezca para la ejecución del delito de una relación de superioridad, parentesco por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima, o que la infracción se haya cometido en el seno de una organización criminal o de grupos criminales que se dedican a la realización de esas actividades.²⁹

Por otro lado, al igual que respecto del nuevo Código Penal, el antiguo prevé en el art.183.4 CP las mismas cualificaciones aunque con algunas variaciones:

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

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

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

²⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial...*, cit., p. 207.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

La reforma ha introducido el art.183 bis CP el cual señala:

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

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

Este tipo autónomo responde al aumento de los casos de “pederastia” referidos específicamente a los menores de dieciséis años.

Con respecto al art.183 bis del antiguo Código Penal este reza lo siguiente:

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Se puede observar que el contenido de este antiguo artículo se ubica en el nuevo en el art.183 ter CP que a continuación se expondrá, añadiendo en el nuevo Código Penal, el art.183 bis CP ya mencionado y el cual respondía a casos de pederastia, especialmente en menores de dieciséis años. En cuanto a esto mencionado y siguiendo con la línea de Pastora García Álvarez cabe mencionar los comentarios hechos a los artículos 183 bis y 183ter del nuevo CP, así designa la autora en relación al art.183bis CP que:

El precepto debería haber castigado en su tipo básico, únicamente, el hacer presenciar al menor de dieciséis años actos de naturaleza sexual; y, en su tipo cualificado, haber castigado más gravemente el hacerle presenciar actos constitutivos tanto de abusos como de agresiones sexuales y, en tal caso, en respeto del principio de proporcionalidad, con distintos marcos penales.³⁰

³⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, P., (Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) en Cuadernos penales, José María Lidón..., cit., p. 276.

En cuanto al art.183 ter.1 CP el cual dicta lo siguiente:

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Tras la reforma se castiga el hecho de contactar con un menor de dieciséis años a través de Internet, del teléfono o cualquier otra tecnología de la información y comunicación, y proponerle concertar un encuentro con el fin de cometer alguno de los delitos previstos en los arts.183 y 189 CP, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales tendentes al acercamiento.

Y en cuanto al art.183ter del antiguo CP, éste no existía pero como se ha mencionado arriba el contenido es el mismo que el que contenía el art.183bis CP ya expuesto, en este sentido cabe simplemente apuntar un comentario en relación con el acoso sexual cibernético o Child Grooming.

En su nueva redacción el artículo castiga en su primer apartado una conducta que si es correctamente interpretada, vaciará de contenido al delito en él previsto (delito que, de hecho, y como lo pone de manifiesto la propia Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013, hasta la fecha ha tenido nula repercusión práctica) ya que si la inducción tiene éxito y el menor envía al embaucador el material pornográfico elaborado con otro menor o fotos de otro menor desnudo, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico art. 189.1 a) CP, castigado, además, con mayor pena.

Y en su segundo apartado nos encontramos también ante una conducta de difícil prueba y reconducible, caso de tener éxito, a otra figura penal. Por lo que puede concluirse que el vigente artículo 183 ter CP es un ejemplo claro de legislación penal puramente simbólica.³¹

³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., (Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) en Cuadernos penales, José María Lidón..., cit., p. 281.

3.2.2. Sanciones.

En este epígrafe, al igual que para el anterior relativo al tipo, se abordarán las cuestiones relativas a las sanciones siguiendo con el esquema utilizado.

Por tanto, en primer lugar, cabe plantear lo establecido por la Directiva.

Así, el tipo básico de abusos sexuales que recoge la Directiva y mencionado anteriormente “*se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años*”.

Por otra parte, las conductas establecidas en los artículos 3.2 y 3.3 se castigan con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos un año y dos años respectivamente.

Por último, con respecto al artículo 3.5 i). Se imponen “*penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad*”.

A su vez el artículo 3.5 ii) impone unas penas privativas de libertad de: “*una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad*”.

Ahora, prosiguiendo con el esquema, se expondrá como ha recogido el CP vigente las sanciones y tendrá lugar la comparación con las del antiguo CP.

El tipo básico establecido en el art.183.1 CP se castiga con una pena de prisión de dos a seis años. La misma pena que la establecida en la antigua versión del Código Penal.

Respecto de la cualificación del art.183. 3 CP tanto el artículo nuevo como el antiguo prevén la misma pena. “*El responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*”

Por otro lado, en el art.183.4 CP se contienen una serie de cualificaciones que dan lugar a las penas en la mitad superior de las previstas en los apartados anteriores. Y que tanto en el nuevo como en el antiguo Código prevén las mismas.

En este sentido hay que mencionar lo comentado por Muñoz Conde el cual prevé que cuando concurren dos o más de estas cualificaciones, el art.183 CP no contiene una

regla similar a la prevista en el art.180.2 CP, por lo que habrá que aplicar las reglas de determinación de la pena dentro del marco penal fijado en el art.183.4 CP. También cabe decir que en todos los casos previstos en este art.183 CP, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años establecida en el art.183.5 CP.³²

Con respecto pena prevista para el art.183bis CP, éste establece una pena de prisión de seis meses a dos años si son comportamientos sexuales y de uno a tres años si presencia abusos sexuales. Como ya se ha comentado anteriormente en el antiguo Código Penal este artículo no existía.

En relación a la pena de prisión establecida en el art.183.1ter CP es de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Este artículo es el art.183bis CP contemplado en la versión anterior del CP el cual ya ha sido objeto de comentario y el cual establece la misma pena como podemos observar en la redacción del antiguo artículo: “*pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometido*”. Y por último, con respecto al art.183.2 ter CP, apartado que no contemplaba el antiguo Código, se castiga con una pena de seis meses a dos años.

3.3. Agresiones sexuales en la Directiva y en el Código Penal.

3.3.1. Tipo.

En este epígrafe, se continúa con el esquema que se ha llevado a cabo para el delito de abusos sexuales a menores.

Por lo tanto y en primer lugar cabe mencionar lo establecido por la Directiva respecto al tipo básico de las agresiones sexuales, este se tipifica en su artículo 3 relativo a las “*Infracciones relacionadas con los abusos sexuales.*” apartado 5 iii) el cual dicta: “*Realizar actos de carácter sexual con un menor, empleando coacción, fuerza o amenaza.*”

³² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial...* cit., p. 208.

Por otro lado, en el art.3.6 de la misma se tipifica la conducta en la que se emplea coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero.

También es preciso hacer referencia a las cualificaciones ya mencionadas en el tipo de abusos sexuales y estipuladas en el art.3.5 i), ii) estas son:

Realizar actos de carácter sexual con un menor i) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor o, ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia.

Ahora al igual que en el apartado anterior del tipo de abusos sexuales a menores, cabe exponer como ha recogido el nuevo CP lo que establece la Directiva para este tipo penal.

En este sentido la reforma ha añadido algunas modificaciones y por ello es preciso señalar y valorar lo que establece tanto el nuevo como el antiguo CP.

El tipo básico se prevé en el art.183.2 CP el cual estipula:

Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

Con respecto al antiguo CP este tipo básico se prevé en el art.183.2 del antiguo CP y establece lo siguiente: “*Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor.*”

Aquí se producen dos modificaciones, por un lado una técnica más acorde con la redacción del precepto ya que se introduce el tipo “*Cuando los hechos se cometan empleando violencia*” y por otro lado, una modificación con respecto al nuevo artículo que añade cuando el menor es compelido a practicar actos de naturaleza sexual con terceros³³ tal y como se puede observar en la redacción de ambos tipos penales y al respecto cabe señalar un comentario pero no sin antes explicar lo que se entiende por violencia o intimidación así como la cualificación del art.183.3 CP.

³³ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 448.

En primer lugar, apuntar que el contenido de la violencia o intimidación no ha variado con respecto al que se le viene dando tradicionalmente en materia sexual, pero es de interés describir lo que se entiende por violencia o intimidación establecido por Morillas Cueva, el cual, de nuevo hace referencia a la definición recogida por Suárez-Mira Rodríguez. Así recoge que la violencia física sería toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre esta, la determina, por haber vencido su resistencia, a padecer o realizar un determinado acto sexual. Esto incluiría actos como golpear, maniatar, inmovilizar, etc., debiendo ser causales respecto al acto sexual, es decir, que no es necesario que apique la fuerza quien también ejecute el acto sexual ya que puede ser auxiliado en su acción por una tercera persona. En cuanto a la intimidación, tiene su origen en una amenaza vertida por el autor de la agresión o un tercero que, de acuerdo con aquel, o incluso sin vinculación alguna con el mismo, provoque la intimidación de la víctima. Se trata por tanto de un mensaje intimidatorio en el que un sujeto amenaza con causarle a otro un mal grave, futuro, verosímil, en alguno de sus intereses más preciados si no accede a padecer o realizar un determinado acto sexual. La gravedad del mal radica en su idoneidad para provocar en la víctima un estado de temor de tal entidad que se vea llevada a escoger, como salida menos gravosa, la realización del acto sexual.³⁴

En segundo lugar, hay que hacer un comentario sobre la segunda modificación, en esta la duda interpretativa radica en si era necesario o no introducir la nueva regulación o bastaría únicamente con la genérica existente. Ante esto hay varias posibilidades pero el autor se queda con la siguiente:

La nueva regulación debe mantenerse, ya que lo que se castiga en el número uno es el abuso sexual en sentido estricto, haya o no contacto, lo recogido en el segundo, delito primero, es la agresión sexual, esto es, lo mismo que en el apartado primero pero con violencia o intimidación; mientras la nueva incriminación sanciona la conducta del que recurriendo a la violencia o intimidación haga que un menor de dieciséis años participe en actos de carácter sexual con un tercero, (por tanto el sujeto activo no participaría en la práctica sexual), o a realizarlos sobre sí mismo; esto es se incrimina al sujeto que compele al menor, siempre con violencia o intimidación, para que desarrolle conductas autoeróticas o sexuales por ejemplo la masturbación propia frente a un tercero.³⁵

³⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 448.

³⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 449.

Sin embargo, esto ha generado multitud de críticas como la que establece el autor hecha por García Álvarez. Esta autora considera que no debe reunir el mismo tratamiento punitivo la conducta de obligar a un menor de dieciséis años, mediante violencia o intimidación, a masturbar a un tercero oralmente con el obligarlo a introducir objetos miembros corporales al tercero por vía anal o vaginal, o realizar una automasturbación.³⁶

Como se expondrá a continuación hay autores que discrepan con esta autora, como ya se ha mencionado, y en este sentido cabe señalar la cualificación tipificada en el art.183.3 CP “*Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.*” En relación a esta cualificación no se ha producido ningún cambio con respecto a la antigua redacción del artículo que quedaba recogida igualmente en el art.183.3 CP.

En correspondencia tanto al tipo básico como a la cualificación estipulada en el párrafo anterior, así como lo previsto en el ya citado art3.6 de la Directiva es de interés incluir la opinión expresada por Pastora García Álvarez, y de este modo estipula que:

Conforme a la nueva redacción, el art. 183.2 CP, se incrementan también las conductas típicas y procede a castigar con la misma pena prevista para la agresión sexual a aquel que «mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo», con lo que se introduce específicamente el comportamiento previsto en el artículo 3.6 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Con ello y tratándose de menores de dieciséis años, considero que se equiparan a las agresiones sexuales conductas como la automasturbación llevada a cabo bajo amenazas o violencia, las masturbaciones a terceros empleando los mismos medios, así como otras conductas en las que se obliga a un menor a llevar a cabo actos de naturaleza sexual con un tercero, si bien todo ello con ciertas matizaciones. En efecto, cuando se castiga el obligar al menor a realizar actos de naturaleza sexual con un tercero, tienen que ser actos de naturaleza sexual que no sean constitutivos de acceso carnal por la vía «vaginal, anal o bucal» del menor, ni en la introducción de objetos por la vía vaginal o anal de dicho menor, ya que tales actos son constitutivos del tipo cualificado del art. 183.3.” Sí podrán consistir, sin embargo, en que sea el menor el que, obligado a ello, accede carnalmente por la vía anal, vaginal o bucal al tercero o el que le introduce, obligado mediante violencia o intimidación, objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías. Con ello se da la razón a aquellos autores que han venido calificando los supuestos en los que se obliga, con violencia o intimidación, al sujeto pasivo a acceder carnalmente por vía anal o vaginal a tercero como agresiones sexuales

³⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 449.

*Por lo que considero que habría de apreciarse el art. 183.2 y no el tipo cualificado contenido en el apartado 3 de este mismo precepto cuando por ejemplo, se obligue a un menor de dieciséis años, mediando violencia o intimidación, a ser masturbado por un tercero oralmente; o a introducir objetos o miembros corporales al tercero por vía anal o vaginal.*³⁷

Esta autora coincide en esta última opinión con el autor Muñoz Conde, mencionado en este trabajo también.

Por otro lado, cabe aplicar para estos tipos las mismas cualificaciones establecidas en el art.183.4 CP y ya mencionadas en el tipo de abusos sexuales, con la diferencia de que para las agresiones sexuales se añaden dos que se refieren a forma de comisión del hecho. La primera aplicable cuando la violencia o intimidación ejercida revistan un carácter particularmente vejatorio o degradante y la segunda cuando se haya puesto en peligro la vida o salud del menor.³⁸ Las cualificaciones mencionadas no han sufrido modificaciones con respecto al antiguo CP.

La redacción literal de las mismas es la siguiente siendo la c) y la e) las dos que se añaden para este tipo:

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

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

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

Asimismo, en relación a los artículos 183bis y183ter CP procede la remisión a lo ya expuesto, valorado y comentado en el tipo de abusos sexuales.

³⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, P., (Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) en Cuadernos penales, José María Lidón..., cit., p. 269.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial...*, cit., p. 208.

3.3.2. Sanciones.

En primer lugar, cabe describir lo que estipula la Directiva, ésta en el tipo básico art.3.5 iii) castiga con unas penas privativas de libertad de: *“una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad”*.

A su vez la conducta tipificada en el artículo 3.6 se castiga con: *“penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad”*.

Con respecto a las cualificaciones establecidas en el art.3.5 i), ii) respectivamente, la Directiva señala que:

Se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad.

Tras la exposición de las sanciones establecidas en la Directiva, cabe establecer cómo lo recoge la reforma del CP en relación con la antigua versión y esto se estipula de la siguiente manera:

Por un lado, para el tipo básico previsto en el art.183.2 CP prevé para el responsable de estos hechos una pena de prisión de cinco a diez años. La misma pena que establecía el antiguo artículo.

Para la cualificación tipificada en el art.183.3 CP se prevé una pena de prisión de 12 a 15 años. La misma que se estipulaba en el antiguo Código Penal.

Respecto de los cambios efectuados en las penas de las cualificaciones es preciso remitirse a lo expuesto en el apartado de las sanciones relativas a los abusos sexuales.

A su vez, cabe mencionar que para lo descrito en el art.183.1ter CP, cuando el acercamiento se obtenga con coacción, engaño o intimidación, las penas se pondrán en su mitad superior. Artículo que corresponde al antiguo art.183 bis CP.

Por último, a modo de reestructuración y recopilación, es de interés hacer un comentario que recoge Morillas Cueva, a todas las sanciones establecidas tanto para los abusos

como agresiones sexuales. Este autor manifiesta que el CP prevé un claro desorden sistemático, lo cual conllevaría a una revisión y remuneración de los artículos y sus apartados, debiendo buscar siempre una adecuada comprensión en orden a la gravedad de las conductas desarrolladas. Así, para compilar la información cabe presentar la siguiente tabla, elaborada por el autor en la que se ordenan las conductas típicas de menor a mayor lesividad.³⁹

CONDUCTA	ARTÍCULO	PENA
Hacer que un menor de dieciséis años participe en un comportamiento de naturaleza sexual o presencie actos de carácter sexual.	183 bis	Prisión de 6 meses a 2 años
Hacer presenciar a un menor abusos sexuales	183 bis	Prisión de 1 a 3 años
Abusar sexualmente de un menor de dieciséis años	183.1	Prisión de 2 a 6 años
Obligar con violencia o intimidación a que un menor de dieciséis años participe en actos de naturaleza sexual con u tercero o a realizarlos sobre sí mismo	183.2	Prisión de 5 a 10 años
Agresión sexual sobre menores de dieciséis años	183.2	Prisión de 5 a 10 años
El abuso o agresión consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías	183.3	Prisión de 8-12 años (183.1) o de 12- 15 años (183.2)
Tipo agravado respecto 183.1,2 y 3	183.4	Mitad superior de la correspondiente

³⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado...*, cit., p. 450.

3.4. Consecuencias accesorias.

3.4.1. *El decomiso ampliado.*

En primer lugar, a modo de breve introducción, es preciso mencionar la reforma que se ha llevado a cabo en el decomiso para ubicar de forma general su panorama actual y posteriormente desarrollar lo que en este trabajo es de importancia relevante.

Tal y como afirma el preámbulo de la LO 1/2015, es objetivo de la nueva regulación del comiso, la transposición de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito de la Unión Europea.⁴⁰

Sin embargo, a tenor de la ponencia de José A. del Cerro Esteban, aunque en la Exposición de Motivos de esta Ley se califica la reforma de “una revisión técnica de la regulación de decomiso” para adaptarla a la mencionada directiva, lo cierto es que se acomete una profunda modificación que afecta a la regulación general del decomiso.⁴¹

Esta reforma del decomiso, por un lado, mantiene el régimen general el cual se regula en el art.127 CP y apenas contiene cambios significativos respecto a la anterior legislación y tal como dispone el mencionado artículo sigue disponiéndose que:

Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Sin embargo, en este precepto se prescinde de la excepción hasta ahora vigente que consiste en que no se decomisarían si pertenecieran a un tercero de buena fe, no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.⁴²

Por otro lado, las novedades residen en que se sustituye el término “comiso” por el término “decomiso”, también el art.127bis CP amplía enormemente los supuestos en los

⁴⁰ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo..., cit.

⁴¹ DEL CERRO ESTEBAN, J.A., *La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)*, p. 4. Ponencia presentada en el curso “Decomiso y oficina de gestión y recuperación de activos. Medidas cautelares”.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20del%20Cerro%20Esteban%20Jos%C3%A9%20A.pdf?idFile=7ef71072-1d5b-4eb6-83ef-5f7cb736162a

⁴² MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 95.

que procede y su extensión, así como prevé la posibilidad de acordar el decomiso de bienes, efectos o ganancias de otras actividades delictivas a partir de indicios y es aquí donde afecta el decomiso al delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y que se expondrá más adelante de manera detallada ya que es objeto de este trabajo. Otras de las novedades son que se permite el decomiso con sentencia condenatoria, se regula con amplitud la protección de la adquisición del tercero y que se instaure la posibilidad de decomisar bienes de actividades delictivas previas, con una serie de presunciones y delimitación de los periodos de retroacción del decomiso.⁴³

En esta última novedad, y por lo que a este trabajo respecta, hay que mencionar que para que proceda el decomiso de una actividad delictiva previa se tiene que dar como primer requisito que en el proceso o en un proceso anterior el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos tipificados en el art.127.1bis CP entre los que se incluyen los delitos de abusos y agresiones sexuales a un menor de dieciséis años.⁴⁴

Por último, también se regulan las facultades del juez instructor para garantizar el decomiso.

En correspondencia a lo que he mencionado anteriormente que es objeto de este trabajo, es de interés profundizar más acerca de estas cuestiones ya que se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores). Es decir, la nueva regulación parece dar respuesta a los sentimientos sociales de escándalos ante exhibiciones de riqueza cuyo origen no puede explicarse, desatendidos como advirtió en su día Quintero Olivares.

De esta manera, como ya se ha mencionado, el art.127.1bis CP prevé la posibilidad de acordarse el decomiso a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito. Este artículo reza lo siguiente:

⁴³ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 96.

⁴⁴ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 96.

El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a) Delitos de trata de seres humanos.*
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.*
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.*
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.*
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.*
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.*
- g) Delitos de corrupción en los negocios.*
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.*
- i) Delitos de blanqueo de capitales.*
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.*
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.*
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.*
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.*
- n) Delitos de falsificación de moneda.*
- o) Delitos de cohecho.*
- p) Delitos de malversación.*
- q) Delitos de terrorismo.*
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

De entrada parece absurda la doble exigencia de que se declare que proceden de una actividad delictiva y no se acredite el origen lícito. Ya que si proceden de una actividad delictiva su origen es imposible que sea lícito. Siempre será ilícito. Hubiera bastado, por ello, con la exigencia de que se acredite que proceda de un delito.⁴⁵

⁴⁵ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 97.

Por lo tanto, se permite extender el decomiso a otros bienes del sujeto, aunque los mismos no procedan del delito por el que se le está enjuiciando porque en tal caso ya se aplicaría el régimen general descrito anteriormente en el art.127 CP. Esto es lo que se conoce como decomiso por extensión.⁴⁶

Para que se pueda aplicar este decomiso es necesario que la persona sea condenada por algunos de los delitos tipificados en el art.127.1bis CP anteriormente descrito, entre los que está el delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Por otra parte, para determinar la procedencia de los bienes de una actividad delictiva, el CP establece que deben valorarse tres indicios, tipificados en el art.127.2bis CP, estos son:

A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

En cuanto al primer requisito, el problema podría surgir cuando los ingresos no sean de origen lícito pero tampoco delictivo, esto es cuando los ingresos sean de origen lícito no delictivo.⁴⁷

A tenor de lo dispuesto en el art.127.3bis CP se permite, igualmente la sustitución por otros bienes del penado del mismo valor económico cuando no es posible decomisar los bienes y cuando tienen un valor inferior al de adquisición, tal y como se recoge en el art.127.3 CP.⁴⁸

⁴⁶ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 97.

⁴⁷ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 97.

⁴⁸ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 98.

En todo caso el decomiso tiene ciertos límites. Así tal y como se establece en el art.127.4bis CP: “*Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento*”.

Lógicamente con esto se pretende evitar la desproporción que supondría utilizar los mismos hechos y delitos para decomisar dos veces.⁴⁹

Para acabar señalar que a tenor de lo dispuesto en el art.127.5bis CP tampoco se permite el decomiso por extensión cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.⁵⁰

Ahora después de expuesto todo lo relativo a la reforma del decomiso que es de incumbencia en este trabajo, procede poner un ejemplo.

Supongamos que tenemos un individuo que está siendo enjuiciado por un delito de abuso sexual y se proceden a decomisarle unos ordenadores que se sospecha que el delincuente los usaba para compartir imágenes y vídeos de niños desnudos por internet y lucrarse de ello. Estos ordenadores no están a su nombre pero hay indicios y pruebas de que él era el que los usaba ya que los tenía en su posesión tras habérselos encontrado en el lugar de residencia habitual del delincuente, así como haber encontrado también en el mismo lugar cámaras de video con las que presuntamente podría grabarlos, las cuales se han procedido a decomisar al igual que los ordenadores.

⁴⁹ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 98.

⁵⁰ MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015...*, cit., p. 98.

3.4.2. Ampliación de perfiles en la base de datos de condenados por delitos de abusos y agresión sexual a menores.

En este sentido cabe mencionar el art.129 bis CP:

Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

Tal y como explica el preámbulo de la LO 1/2015 se hace “con la finalidad de incorporar las previsiones del Convenio de Lanzarote y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH) y por este motivo debe incorporarse la regulación de la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN. La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN dispone que se inscribirán en la base de datos policial los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado. Por ello, actualmente solo son inscritos en España los perfiles genéticos de los sospechosos, detenidos o imputados por determinados delitos, y ello no garantiza que accedan a la base de datos los perfiles de quienes resulten condenados por delitos de especial gravedad. Lo que se propone es prever, en los supuestos de delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, cuando además se confirma por el tribunal la existencia de un riesgo relevante de reiteración delictiva, la anotación de los perfiles genéticos de condenados en la base de datos policial. La regulación propuesta incluye ese doble requisito (comisión de un delito

grave contra la vida, integridad física o libertad sexual, y riesgo de reiteración delictiva), conforme a las exigencias derivadas de la jurisprudencia del TEDH en esta materia.⁵¹

Por tanto, mediante la incorporación dentro del Título VI que regula las consecuencias accesorias de un nuevo artículo 129 bis CP, se da cumplimiento a lo previsto en el Convenio de Lanzarote, y se aproxima nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno.

Ahora bien, ante esto cabe mencionar los comentarios, al art.129 bis CP, hechos por Hernández García y Ramírez Ortiz. En primer lugar, consideran inadecuada la decisión tomada por el TEDH en el caso Peruzzo y Martens c. Alemania de 4 de junio de 2013, la cual se basaba en que no consideraban que vulnerase los derechos a la vida privada y familiar ni la presunción de inocencia, la inclusión de los perfiles y ADN y posterior acceso a la base de datos de los condenados. Esto lo consideran inadecuado porque un juez en sentencia no puede o no debería decidir, tal y como dispone el *art.129 bis*, con cualquier información disponible ya que el objeto del proceso consiste en decidir sobre la criminalidad de un hecho pasado y no sobre el riesgo de que el acusa pueda cometer otro delito en el futuro. Y este objeto del proceso se debe completar y realizar con la información de las pruebas practicadas y con los medios de prueba pertinentes y es por esta razón por la que el Tribunal no puede valerse de cualquier información que no se haya probado, practicado o accedido en el proceso.⁵²

Otra de las causas por lo que estos autores ven inadecuado o impreciso este artículo es que la lista de delitos cuya comisión autoriza la aplicación del mencionado artículo es abierta lo que conlleva imprecisión ya que simplemente establece que el delito cometido debe ser *grave* o de manera más general que conlleve un riesgo grave para la vida, integridad o la salud, esto da lugar a que quepan diferentes interpretaciones y dado que dicho artículo afecta a la libertad e intimidad de la persona condenada es criticable según los autores que se deje tan abierto a interpretaciones al igual que critican la falta de descriptibilidad en cuanto a la práctica coactiva de la toma de muestras que lleva a generar dificultades y dudas de aplicación. Y con respecto a la práctica coactiva es la primera vez que el artículo establece el uso de la fuerza en el caso de que el condenado se oponga a las medidas previstas.⁵³

⁵¹ Preámbulo (Título IX) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo..., cit.

⁵² QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal*, Aranzadi, 2015., p. 892-893.

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal*, Aranzadi, 2015., p. 891.

Esto nos lleva a suscitarnos preguntas como las que se les han suscitado a los mencionados autores, preguntas tales como ¿Será necesario que se le informe debida y precisamente al condenado acerca del contenido, alcance y modo que se llevara a cabo en la toma de las muestras? ¿La toma de muestras se las debe hacer un personal especializado?⁵⁴

A modo de conclusión de todo lo anterior, los autores reclaman una regulación más precisa de la norma tal y como ya reclamó el Tribunal constitucional la STC 297/1996 en la cual *negó el uso de la fuerza física para la extracción de las muestras por falta de una regulación del dicho artículo previa y precisa.*⁵⁵

4. CONCLUSIONES.

A modo de recopilación y conclusión de este trabajo cabe hacer referencia en primer lugar, que la reforma del CP operada por la LO 1/2015 no es toda consecuencia de la transposición de la directiva sino que hay más regulación así como recomendaciones detrás, tales como El Convenio de Lanzarote, El Convenio de Budapest, La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1989 y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y El Programa de Estocolmo “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”.

En segundo lugar, veo necesario hacer una crítica al modo de transposición de la Directiva ya que lo que ha hecho el legislador ha sido transponer haciendo básicamente un “copia y pega” de la misma. Además, a pesar de que ésta no señala la edad de dieciséis años como la edad a partir de la cual se considera que hay un consentimiento sexual, el legislador ha establecido esta edad en la mencionada reforma sin hacer antes ningún estudio sociológico de la edad de inicio en las prácticas sexuales entre los jóvenes del país, ni tampoco se ha fijado en los países vecinos como Italia o Francia los cuales tienen fijada una edad de consentimiento sexual más baja. Todo esto me lleva a pensar que el legislador ha hecho una incorporación tardía y apresurada de la Directiva de modo que no le ha dado tiempo a estudiar las circunstancias culturales del país, dejándose llevar por la simple y vacía razón de que esa es la edad que tienen estipulada

⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal*, Aranzadi, 2015., p. 895.

⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal...*, cit., p.895-896.

la mayoría de los países y dando lugar a una reforma en la elevación de la edad de consentimiento sexual incoherente ya que difiere mucho con la realidad actual y con la cultura y las prácticas sexuales entre los jóvenes del país.

En cuanto a lo que se entiende por actos de carácter sexual (tipo básico de abusos sexuales), tal y como lo he establecido en el trabajo, podemos observar que hay opiniones contradictorias sobre si debe existir o no contacto corporal, respecto a mi opinión, coincido con la de Morillas Cueva entendiendo así que en el tipo básico no hace falta un contacto directo entre los individuos.

En cuanto al art.183bis CP cuando estipula “*participar en actos de carácter sexual*”, esto se debería subsumir en el tipo básico de abusos sexuales (art 183.1 CP) tal y como está establecido para el tipo de agresiones sexuales.

Siguiendo con este artículo, opino como Pastora García Álvarez, en donde en el tipo básico se debería haber castigado la presencia de actos de carácter sexual. Y en su tipo cualificado la presencia de tanto abusos como agresiones sexuales pero adecuando las penas en respeto al principio de proporcionalidad castigando así con una menor pena cuando se presencien abusos.

A modo de esquema, quedaría así el art.183bis CP en mi opinión:

Art 183 bis CP	Presenciar
Tipo básico	Actos de naturaleza sexual
Tipo cualificado	Abusos sexuales
	Agresiones sexuales

Por otra parte el art 183.1 CP quedaría de la siguiente manera:

Art 183.1 CP	Participar/ abusar
Tipo	Participar en actos de naturaleza sexual con un tercero
	Abusar sexualmente de un menor de dieciséis años

Art 183.2 CP	Participar/ agredir
Tipo	Obligar con violencia o intimidación a que un menor de dieciséis años participe en actos de naturaleza sexual con un tercero.
	Agredir sexualmente a un menor de dieciséis años

Por lo tanto, el art 183.1CP se asemejaría al tipo de agresión sexual, estipulando el mismo intervalo de la pena, pero modulándolo en función de si se trata de abusar al menor o de hacer que participe en tales actos.

También es de interés recoger que me reitero en la opinión de la mayoría de los autores mencionados en este trabajo y considero que cuando el menor sea obligado a introducir objetos por una de las tres vías tipificadas en el art 183.3CP sea castigado por la conducta del tipo de agresiones sexuales si es con violencia o intimidación (art.183.2 CP) y no por la conducta del art.183.3 CP.

A esto yo añado que si no es con violencia o intimidación se le debería castigar por la conducta del art (183.1 CP), si se encontrara en este, tal y como he establecido en la tabla que he elaborado, la conducta de participar en actos de naturaleza sexual con un tercero.

Con respecto al art 183 quarter CP, siguiendo con la línea de los autores mencionados en este trabajo, cabe destacar que me parece acertada la inclusión de este artículo, aunque en mi opinión este artículo puede dar lugar a controversias y discusiones ya que no creo que este lo suficientemente determinado el término “*grado de desarrollo o madurez*” al que hace referencia el artículo, ni tampoco el término “*consentimiento libre del menor*”. Por ello veo necesario que se estudie caso por caso para poder determinar cuándo se considera que el autor tiene un grado de madurez próximo al menor ya que cada persona tiene en la vida circunstancias diferentes que le hacen madurar más rápido o más despacio.

Con respecto a las comparaciones en las sanciones establecidas en el antiguo y nuevo Código Penal mencionar que a mi juicio se han mantenido intactas.

Sin embargo, en cuanto a mi parecer mencionar que respecto de las comparaciones hechas entre la Directiva y el Código penal he extraído que con respecto al orden de los

tipos en relación con la sanción establecida para cada uno de ellos, el Código penal, a mi parecer lo veo más desorganizado tipificando primero, los abusos sexuales, agresiones sexuales, violación, las cualificaciones y por último la participación en un comportamiento de naturaleza sexual, o la presencia de actos de carácter sexual así como la presencia de abusos sexuales. En la Directiva, sin embargo tipifica primero la presencia de actos de carácter sexual así como la presencia de abusos sexuales, luego el tipo básico de abuso sexual y por último dentro de las cualificaciones introduce el tipo de agresiones sexuales.

Por último, también me gustaría señalar que he observado que el nuevo Código ha introducido nuevos artículos que tienen su fundamento en las nuevas tecnologías lo que me parece acertado ya que en el mundo que vivimos no podemos dejar al margen los delitos cometidos a través de internet.

Bibliografía y fuentes consultadas.

Legislación:

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 (DOUE 20 de enero de 2004).

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE 17 de diciembre de 2011).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Libros:

ESPAÑA ALBA, V. y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J., *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015*, Dykinson, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., GÓRRIZ ROYO, E. y MATALLÍN EVANGELIO, A., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015.

MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, Tirant lo Blanch, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo.

MUÑOZ CUESTA, J. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código de Derecho Penal*, Aranzadi, 2015.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. Y AGUADO CORREA, T., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, 2015.

Referencias de internet:

Cuadernos penales, José María Lidón, *La reforma del Código Penal a debate.*, núm. 12/2016, Bilbao., p. 266-268.

<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c>

DEL CERRO ESTEBAN, J.A., *La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)*, p. 4. Ponencia presentada en el curso “Decomiso y oficina de gestión y recuperación de activos. Medidas cautelares”.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20del%20Cerro%20Esteban%20Jos%C3%A9%20A.pdf?idFile=7ef71072-1d5b-4eb6-83ef-5f7cb736162a

Circular 2/2015, *sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.*

<http://www.icab.es/files/242-492869>

[DOCUMENTO/Circular_2_15_pornografia_infantil.pdf](#)

ANEXO I.

