

# LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN ESPAÑA

FRANCISCO DE ASÍS SILLA SANCHIS <sup>1</sup>

**Resumo:** Os crimes contra “la libertad e indemnidad sexual de las personas”, regulados no Título VIII do Código Penal Espanhol aprovado pela Lei Orgánica 10/1995, artigos 178 a 194, desde a sua promulgação foram objecto já de quatro reformas. O presente artigo analisa as modificações operadas nos cerca de vinte anos de vigência prestando especial atenção à últimas alterações introduzidas pela LO 1/2015. A legislação da União Europeia e os compromissos internacionais de Espanha aumentaram a protecção dos menores de idade, especialmente os menores de dezasseis e das pessoas com incapacidades necessitadas de especial protecção. As últimas reformas tiveram em conta igualmente as novas condutas que apareceram com os avanços informáticos e que dificilmente poderiam subsumir-se nos tipos penais que existiam. A perseguição criminal destes crimes complementa-se com outras reformas que existiram em Espanha na legislação penal especial e complementar que se examinará em último lugar.

**Descritores:** Libertad sexual; agresión sexual; abuso sexual; pornografía infantil; pornografía virtual; acoso informático; edad para el consentimiento sexual; víctima.

**Sumário:** I. Introducción; 2. La reforma de la LO 1/2015: ideas generales; 3. Configuración actual de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; 4. La reforma y la protección a las personas de especial vulnerabilidad; 5. Reforma de los concretos tipos delictivos; 5.1. Abusos y agresiones sexuales; 5.1.1. Menores de edad mayores de dieciséis años; 5.1.2. Menores de dieciséis años; 5.2. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores; 5.2.1. Delitos relativos a la prostitución de mayores de edad; 5.2.2. Prostitución y explotación sexual de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. 5.2.3 Delitos de pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección; 5.2.4. Agravaciones y nuevas penas. 6. Reformas en la legislación especial; 7. Reforma procesales; 8. Protección de las víctimas; 9. Conclusiones.

## Abreviaturas:

BOCG — Boletín Oficial Cortes Generales  
BOE — Boletín Oficial del Estado  
CC — Código Civil  
CP — Código Penal  
CPM — Código Penal Militar  
CGPJ — Consejo General Poder Judicial  
FD — Fundamento de Derecho

---

<sup>1</sup> Magistrado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal de la UCV (España).

- FGE — Fiscalía General del Estado
- LECrim — Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO — Ley Orgánica
- RAE — Real Academia Española
- SAP — Sentencia Audiencia Provincial
- STS — Sentencia del Tribunal Supremo
- TS — Tribunal Supremo

## 1. INTRODUCCIÓN

La LO 10/1995 de 23 de noviembre aprobó el nuevo Código Penal (CP) invirtiendo la vieja estructura e introduciendo una sistemática antropocéntrica en la descripción de las conductas delictivas, contraria al del CP de 1944 que se derogaba. El nuevo código parte de la protección de los derechos de la persona, ampliando su área de protección hasta llegar a los bienes que afectan a la Comunidad Internacional.

Los antes denominados delitos contra la honestidad, artículos 429 al 452 bis g), del Título IX, pasaron a ser los “Delitos contra la libertad sexual” en el nuevo Título VIII, artículos 178 al 194. En una de las primeras reformas del CP se cambiará el epígrafe por el de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”<sup>2</sup>. El legislador no explica los motivos por los que efectúa esta adición y no será hasta la LO 5/2010 cuando dé una explicación de qué se entiende por “indemnidad”, “el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado”.

Estos delitos han sido de los que más reformas han sufrido en su conjunto hasta la última, muy puntual, relativa a la prelación del pago de costas, que también ha tenido lugar este pasado año, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito<sup>3</sup>. Apenas seis meses después de la entrada en vigor del nuevo código, el 26 de noviembre de 1996, se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados una proposición no de ley con el fin de instar al Gobierno la presentación de un proyecto de LO que revise “los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, y se tipifique plenamente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundiere, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas”<sup>4</sup>.

Esta reforma respondía igualmente a otro tipo de demandas unas internas, la recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con

<sup>2</sup> LO 11/1999, de 30 de abril. BOE número 104 de 1 de mayo.

<sup>3</sup> Disposición final segunda, por la que se modifica el apartado 2 del artículo 126 de la LO 10/1995. BOE

Número 101 de 28 de abril.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos de la LO 11/1999.

fecha 28 de noviembre del mismo año <sup>5</sup> y otras de carácter internacional como la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la acción común aprobada el 29 de noviembre de 1996 por el Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, considerando tales conductas como infracciones penales, “previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad”.

En esta primera reforma, se precisaron algunas de estas conductas en atención a la edad de la víctima, así se vuelve a tipificar el delito de corrupción de menores y de incapaces y se modifican las conductas reprochables de naturaleza pornográfica en relación con los menores, se acomodan las circunstancias que agravan la responsabilidad, se modifican los plazos de prescripción y en otro ámbito, en concordancia con el principio de universalidad, se produce una revisión en la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de competencia territorial <sup>6</sup>.

No será esta reforma la última que sufre este Título antes de la que ahora me dispongo a examinar, pues una nueva LO, la 15/2003 de 25 de noviembre <sup>7</sup> se ocupó de evitar que algunas interpretaciones hicieran que determinadas conductas quedasen impunes así como de endurecer las penas, mejorar la descripción de las conductas e introducir delitos nuevos como la tenencia de la pornografía infantil y de incapaces para el propio uso y la denominada pornografía infantil virtual <sup>8</sup>.

Por último la reforma inmediata anterior a ésta, la llevada a cabo a través de la LO 2010, de 22 de junio <sup>9</sup>, con dos objetivos diferentes, por una parte el incremento de protección a la víctima y por otra la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Con este fin, y dando un concepto amplio a la “indemnidad sexual”, comprensivo también de “la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”, se introdujo el Capítulo II bis bajo el epígrafe “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, donde se tipificaba la nueva conducta conocida como *child grooming*, se endurecían igualmente las penas relativas a la prostitución y pornografía infantil, incorporando las conductas de la captación de menores para espectáculos pornográficos y el lucro a su costa así como la conducta del cliente en los casos

<sup>5</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe anual 1996 y debates en las Cortes Generales. 11. Debates. CORTES GENERALES. Págs. 11 y 12. Recuperado de <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORMEdebates.pdf>

<sup>6</sup> Artículo 23 LOPJ

<sup>7</sup> BOE número 283 de 26 de noviembre.

<sup>8</sup> Apartado III de la Exposición de Motivos.

<sup>9</sup> BOE número 152 de 23 de junio.

en los que la relación sexual tenga lugar con una persona menor o incapaz y por último se creó la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas, previstas en las Comunidades Autónomas, bien como pena principal en figuras de especial gravedad bien como accesoria <sup>10</sup>.

En todos los Códigos Penales españoles desde 1822 el sujeto activo del delito sólo podía ser la persona física, sin embargo, sin duda por la influencia del derecho de la Unión Europea y de la regulación penal de algunos países de nuestro entorno, a partir de la LO 5/2010 se posibilita que las personas jurídicas puedan ser autores de determinados delitos. Como consecuencia de esta innovación legislativa se establece en el Título VIII un nuevo artículo, el 189 bis, en el que en consonancia con el nuevo 31 bis, se posibilita que las personas jurídicas, puedan ser condenadas como autores en los delitos comprendidos en “este Capítulo”, 87 a 190, “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”.

## 2. LA REFORMA DE LA LO 1/2015: IDEAS GENERALES

En un estado legislativo de esta naturaleza el legislador afronta una nueva reforma después de algunos años de relativa calma en el área penal <sup>11</sup>. Una vez más han sido exigencias internacionales las que han provocado la reforma en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

La Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, impone a los Estados miembros, entre otras obligaciones <sup>12</sup>, a endurecer las sanciones de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como consecuencia de estas obligaciones y de la sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño la edad para el consentimiento sexual, *legal age of consent*, que en España estaba fijada en los trece años, una de las más bajas de los países del mundo, se eleva a los dieciséis, pasando a ser de las más altas de los países europeos <sup>13</sup>, de forma que en la generalidad de los casos la realización

<sup>10</sup> Cfrs. Preámbulo LO, XIII.

<sup>11</sup> Durante este cinco años sólo se promulgan dos leyes que afeen al articulado penal, la LO 3/2011 de 19 de junio, de Régimen Electoral General, BOE número 25 de 29 de enero y la LO 7/2012, de 23 de noviembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, BOE número 312 de 28 de diciembre.

<sup>12</sup> Algunas ya incumplidas como la fecha máxima de incorporación al derecho nacional, 18 de diciembre de 2013, artículo 27.1 de la Directiva. Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2011. L 335/1 y SS.

<sup>13</sup> Así está fijado a los 14 años en Alemania, Austria, Bulgaria, Hungría, Italia, Macedonia, Portugal y Serbia, a los 15 en Croacia, Francia, Grecia, Polonia, Rumanía y Suecia, a los 16 en Bélgica, Finlandia, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido, Suiza, los 17 en Irlanda.

de actos sexuales con menores de dieciséis años será considerada como delictiva, si bien se puede tomar en consideración aquellos supuestos en los que se trate de “persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”<sup>14</sup>.

Esta modificación hubiera pecado de incoherencia con el resto del ordenamiento jurídico si paralelamente no se hubiera modificado la edad para contraer matrimonio que en ese momento podía ser a partir de los catorce años, pues si bien la regla general era que no podían contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, artículo 46 del Código Civil, y la emancipación no cabía antes de los dieciséis años, el artículo 48 del CC posibilitaba la dispensa del impedimento de edad mediante expediente de jurisdicción voluntaria por el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte, a partir de los catorce años. Según esto un menor de dieciséis años podía contraer matrimonio, y, por tanto, artículo 68, asumir la obligación de convivencia. La Disposición Final Primera, dos, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>15</sup> modifica el artículo 48 del CC excluyendo la posibilidad de la dispensa de edad para contraer matrimonio, imposibilitando con ello, que cualquier persona menor de dieciséis años pueda contraer matrimonio. No solo durante los tres días que transcurrió desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 y la Ley 15/2015, sino durante el tiempo que transcurra desde el uno de julio del dos mil quince hasta que los menores de dieciséis años alcancen esta edad, la conducta podría quedar subsumida en el tipo delictivo pero sin duda sería de aplicación la eximente del número 7 del artículo 20 del CP “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

La reforma incorpora nuevas figuras delictivas como es la de hacer presenciar al menor actos o abusos sexuales.

En los delitos relativos a la prostitución se clarifican las agravaciones de las conductas cuando se trate de menores de edad y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se incrementa la eficacia en la persecución de quien se lucre o explote la prostitución de otra persona, acordes con las nuevas exigencias impuestas por el Tribunal Supremo ya que los antiguos preceptos no recogían el lucro, como modalidad delictiva, artículos 188 y 189.

---

<sup>14</sup> Artículo 183 quater, no obstante se puede tachar de imprecisión y falta de seguridad jurídica al no haberse llevado por criterios de carácter más objetivo como sería el establecer diferencias de edad clara, de forma parecida a como ocurre en otros países de nuestro entorno donde suele señalarse la edad de tres años; no obstante la Fiscalía General del Estado se inclina por solución similar a la adoptada que es el criterio seguido en la legislación Noruega, según apartado III.2 de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre de 2011 sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de Menores. Recuperado de <http://www.mujeres-aequitas.org/docs/circular%209-11%20reforma%20de%20menores.pdf>

<sup>15</sup> BOE Número 158 de 3 de julio de 2015.

En consonancia con la Directiva 2011/93/UE, se establece una definición de la pornografía infantil, ampliando las conductas delictivas a la asistencia a espectáculos en los que se conozca intervienen menores de edad, así como el acceso por medios tecnológicos a este tipo de exhibiciones y se establece la posibilidad de retirada de las páginas web por parte de los jueces.

La reforma se completa en este Título con la tipificación del delito de uso de los medios tecnológicos con el fin de embaucar a menores para que le remita imágenes o material pornográfico <sup>16</sup>.

El legislador eleva en términos generales en esta reforma la edad de los menores que son objeto de especial protección y no solo en este tipo de delitos, por eso es digno de especial mención que entre los delitos relativos a la protección de la flora y fauna se incluye el de explotación sexual de un animal, artículo 337 del CP, agravando la pena cuando la misma tenga lugar en presencia de un menor de edad.

### **3. CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL**

Como consecuencia de las reformas habidas hasta este momento los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han quedado configurados dentro del Título VIII y comprende los artículos 178 al 194, si bien uno de estos preceptos se encuentra duplicado, el artículo 189, al igual que uno de estos capítulos, el II bis, y otro artículo incluso cuadruplicado, el 183.

La clasificación sistemática se efectúa a través de siete capítulos donde se agrupan los tipos delictivos relativos a las agresiones sexuales, los abusos sexuales, los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, el acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores y el último que contiene una disposición de carácter general.

Desde que se publicó el nuevo código hasta el momento actual, los diecisiete artículos primitivos se han convertido en veintiuno y los seis capítulos en siete. Tan sólo tres preceptos relativos el primero, artículo 187, a la eficacia de las sentencias dictadas por países extranjeros a efectos de la agravante de reincidencia en los delitos relativos a la prostitución y la explotación sexual y la corrupción de menores, y los artículos 193 y 194, encuadrados estos dentro del último Capítulo, el relativo a las Disposiciones comunes, donde se establecen posibles pronunciamientos de la sentencia condenatoria a efectos de fijación de alimentos el primero y el último sobre la posibilidad de condenar al cierre del establecimiento o incluso adoptar esta medida como cautelar, no han sufrido variación durante los años de vigencia.

---

<sup>16</sup> Preámbulo de la LO 1/2015, apartado XII.

La última reforma ha afectado a diez artículos. Sólo no han sufrido variación además de los tres antes citados los relativos a las agresiones sexuales, al acoso sexual, un artículo de los abusos sexuales y el relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que fue introducido en la LO 5/2010.

#### 4. LA REFORMA Y LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

Cuando se publica la reforma ya se estaba discutiendo en el Parlamento la futura Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito<sup>17</sup>, que con carácter esencial obedecía, no solo a las demandas de la sociedad española, como declara su preámbulo, sino también a la trasposición de la última Directiva aprobada al efecto la 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, donde una de las preocupaciones esenciales era prestar especial protección a los “menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil (...) personas con discapacidad...”<sup>18</sup>, evitando con ello la victimización secundaria, atendiendo a su especial vulnerabilidad; pero esto no es más que un remedio a posteriori, una vez que ya se había cometido el delito. Las exigencias internacionales iban mucho más allá y exigían una reforma del derecho positivo, mediante “penas eficaces, proporcionadas y disuasorias”<sup>19</sup>.

La reforma del original artículo 25 del CP, que contiene una interpretación auténtica de qué debe entenderse por *incapaz* “a los efectos de este Código”, efectuada en consideración a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>20</sup>, cuyo contenido ya era respetado en otros textos legislativos españoles anteriores como consecuencia de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>21</sup> y por la ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de

<sup>17</sup> BOCG. Congreso Diputados. Serie A. X Legislatura. Proyectos de Ley. 5 de septiembre de 2014. Núm. 115.1 Publicó el proyecto y abrió el plazo de enmiendas.

<sup>18</sup> Apartado VII del Preámbulo de la Ley a quienes el artículo 26 les aplicará un estatuto hiperreforzado que va más allá del aplicable a las demás víctimas incluso el de aquellas que presenten necesidades especiales de protección y que se contempla en el artículo 25.

<sup>19</sup> Apartado 10 de 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. Diario Oficial de la Unión Europea. 20.01.2004. “Las características específicas de la lucha contra la explotación sexual de los niños deberán llevar a los Estados miembros a establecer en el Derecho nacional unas sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias. Dichas sanciones se deberían ajustar también a las actividades de las personas jurídicas”.

<sup>20</sup> Cuyo instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 fue publicado en el BOE Número 96 de 21 de abril de 2008.

<sup>21</sup> BOE Número 289 de 3 de diciembre de 2003.

dependencia <sup>22</sup>, texto que sería derogado justo diez años más tarde por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social <sup>23</sup>, impuso la obligación de la modificación de todos los términos contenidos en el texto legislativo relativos a incapaz por la nueva terminología utilizada “discapaz” y “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Como consecuencia de esta variación terminológica se produjo la necesaria reforma de los artículos que aún contenían referencias a “incapaz” o “minusvalía” <sup>24</sup>, de ahí que con carácter general el artículo único, apartado doscientos cincuenta y cuatro disponga “Sustitución de términos en el Código Penal. 1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección». 2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término «minusvalía» se sustituyen por el término «discapacidad».

De esta forma los artículos 185 y 186, relativos a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual efectuados ante estas personas, 187, 188, 189, delitos relativos al a prostitución y corrupción de menores, y dentro de las disposiciones comunes los artículos 191 y 192 se ven afectados por esta disposición <sup>25</sup>.

Son muchos los preceptos del CP que contemplan la minoría de edad, bien a los menores víctimas, agravando el delito de lesiones, por ejemplo, artículo 148.1.3, o bien cuando el autor se sirve de menores para la ejecución de los delitos, lo que también constituye una forma de victimizar a los menores, por ejemplo dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, así en los delitos de hurto, artículo 235.1.8, robo, artículo 240, propiedad intelectual y propiedad industrial, artículos 271.d) y 276.d); y, en otros capítulos como delitos contra la salud pública, artículo 370.1, etc.

Antes de la LO 1/2015 se atendía exclusivamente a la edad de víctima en los delitos de agresiones y abusos sexuales, que integran este factor como elemento en los tipos agravados, al igual que cuando interviene engaño en mayor de trece y menor de dieciséis, artículos 181.5 y 182; en los abusos y agresiones

<sup>22</sup> BOE Número 299 de 15 de diciembre de 2006.

<sup>23</sup> Disposición derogatoria única. b) BOE Número 289, de 3 de diciembre de 2013.

<sup>24</sup> Apartado XXVII del Preámbulo.

<sup>25</sup> Aunque algunos de estos preceptos como consecuencia de las anteriores reformas legislativas ya habían sido modificados y utilizaban estos nuevos términos, como el caso del artículo 180.1.3, esto no se había producido, pese a lo afirmado en el preámbulo de la LO, apartado XXVII, en todos los casos pues los artículos 87,188, 189 y 192 ya habían pasado por la reforma de la LO 5/2010.

sexuales a menores de trece años, artículos 183 y 183 bis y especialmente graves en el caso de que se trate de menores de cuatro años; en el acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual con menores de edad, artículos 185 y 186, únicos supuestos en los que puede cometerse este delito, ya que se exige que la víctima sea menor de edad; inducir, promover o favorecer la prostitución de persona menor de edad, conducta que se agravaba cuando se trataba de menor de trece años, o en el caso de que se emplee violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad en el caso de que se trate de menores de edad, agravada la conducta cuando igualmente se trate de menores de trece años; o los relativos a espectáculos pornográficos, artículo 189, incrementando también la pena en aquellos supuestos en los que se trate de menores de trece años.

## 5. REFORMA EN LOS TIPOS DELICTIVOS

Los delitos más graves, los relativos a las agresiones sexuales, artículos 178, 179 y 180 no se han visto afectados, pues el tipo básico de atentado contra la libertad sexual utilizando violencia o intimidación y el agravado consistente en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías ya contemplaban desde el inicio la agravación en el artículo 180.1.3.<sup>a</sup> para el caso de que “la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo en el artículo 183”. Este último precepto contempla como delito autónomo las anteriores conductas cuando tengan lugar con menores de edad en la forma a la que posteriormente me referiré.

La remisión que efectúa la agravación del delito de agresiones sexuales en el artículo 180.1.3.<sup>a</sup>, al artículo 183 supone un concurso aparente de leyes que de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 8 del CP debe prevalecer el tipo especial regulado en este último precepto. La consideración de especial vulnerabilidad por la edad, tras la reforma de la LO 5/2010, pienso que ha quedado reservada al margen de la edad comprendida entre los dieciséis a los dieciocho años pero especialmente a los supuestos de avanzada edad de forma que produzca desvalimiento físico, que le ocasione dificultades para la defensa <sup>26</sup>, lo que supondría la inherencia de la agravante 2.<sup>a</sup> del artículo 22 del CP.

---

<sup>26</sup> STS. 1113/2009, de 10 de noviembre. FJ 2.º: “Aunque la agravación parece pensada para la menor edad de la víctima, nada impide aplicarla en casos de personas con edades muy avanzadas, lo que ha de ser interpretado en clave de desvalimiento físico, no psíquico, pues en este caso entraría por la vía de la enfermedad, y sin que tenga mayor relevancia jurídica la ostensible diferencia de edad con el agresor, pues esa desproporción de fuerzas está incluida generalmente en los medios comisivos de intimidación o violencia que resultan necesarios para conseguir el forzamiento de tal víctima.”

Tampoco ha sufrido alteración el delito de acoso sexual contemplado en el artículo 184, pues este precepto, cuya última reforma tuvo lugar con la LO 15/2003, al suprimir la originaria pena de arresto de fin de semana, ya contemplaba desde la primera reforma, LO 11/1999, como figuras agravadas “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad...”

Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, artículos 185 y 186, en los que el sujeto pasivo del delito son los “menores de edad o incapaces”, solo se ven afectados por la sustitución del término “incapaces”, en la forma ya examinada y en el mismo sentido en el requisito de perseguibilidad de los delitos de “agresiones, acoso o abusos sexuales” contemplada en el artículo 191, donde se produce análoga sustitución del término “incapaz”.

## **5.1. Abusos y agresiones sexuales a menores de edad**

### **5.1.1. Menores de edad mayores de dieciséis años**

Aunque la característica fundamental de la reforma desde el punto de vista de la víctima haya sido la elevación de la edad de los trece a los dieciséis, la protección se ha generalizado a todos los menores de edad en su conjunto, pues cuando el sujeto pasivo es un mayor de dieciséis pero menor de edad, junto con la elevación de la pena, cuyo máximo ha pasado a ser de dos a tres años, se ha incrementado igualmente las conductas constitutivas del abuso, pues al supuesto de intervención de engaño, se ha añadido los casos en los que se haya cometido “abusando de una posición reconocida de confianza o influencia sobre la víctima”.

Pienso que debió haberse aprovechado la reforma para resolver la incongruencia técnica existente en el delito de abusos con “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”, pues cuando se trata de persona mayor de edad “prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”, la pena oscila de cuatro a diez años, mientras que si se trata de menor de edad mayor de dieciséis respecto del que se abusa “de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima la pena de prisión sería de dos a seis años, sensiblemente inferior”<sup>27</sup>.

### **5.1.2. Menores de dieciséis años**

Estos delitos son los que más se han visto afectados por la reforma pues continuando con el criterio iniciado con la LO 5/2010 que introdujo un Capítulo II

---

<sup>27</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M. en “Delitos contra la indemnidad sexual de menores” en AAW, Comentario a la reforma penal de 2015. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir). Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág.427, entiende que aun cuando se trate de menores de dieciséis en los supuestos de mayor gravedad del prevalimiento deberá aplicarse no el 182 sino el 181.4.

bis dentro de este Título con el epígrafe de los “abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, comprensivo a la sazón de los artículos 183 y 183 bis, actualmente, a la vez que en congruencia con uno de los motivos principales de la modificación de los artículos, se eleva la edad de protección a los dieciséis años, lo que supone una modificación del epígrafe, se aumentan las conductas delictivas, por exigencias de los avances de la técnica, apareciendo como resultado los nuevos artículos 183 ter y quater.

La nueva redacción eleva la edad de la víctima protegida de los trece a los dieciséis años no otorgando valor al consentimiento del menor, salvo en los casos en los que otorgado de forma libre, el autor de la conducta sea una persona “próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez”, artículo 183 quater, lo que sin duda exigirá un examen de caso por caso para poder valorar la proximidad en desarrollo y madurez y ver quien es autor, si es que lo hay, y quién víctima.

En el nuevo texto se sustituye la antigua referencia a “actos que atentaren contra la indemnidad sexual de un menor” por la de “actos de carácter sexual con un menor”. Entiendo que la nueva redacción es más precisa en este aspecto y excluye cualquier duda que pudiera plantearse sobre el distinto alcance de “indemnidad sexual” y “libertad sexual”<sup>28</sup>.

Ya expuse anteriormente la falta de seguridad que genera el acudir a términos subjetivos en lugar de los objetivos, y no de otra forma puede calificarse el entrecomillado anterior. Este extremo fue objeto de la enmienda 561 presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, proponiendo que se añadiese a la excepción el requisito concurrente de que “no exista más de tres años de diferencia de edad entre ellos”<sup>29</sup> y el excluyente de “que no concorra ninguna de las circunstancias del apartado 4”, los tipos agravados de abusos sexuales, en este caso. Si el primero hubiera facilitado la precisión del precepto y evitado los riesgos que puede generar la falta de determinación, como se expuso en la justificación de la enmienda, la segunda parece lógica ya que si bien la mayoría de las circunstancias que

<sup>28</sup> CGPJ. Informe de 16 de enero de 2013 al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Pág. 174.

<sup>29</sup> “... estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir «la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores». En Derecho comparado, como señala el

Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones similares son Noruega y Suiza. — Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola. Como hemos propuesto la reducción del consentimiento a los 15 años, esta proximidad estaría precisamente en los 18 años. Si se mantiene la previsión del Proyecto de los 16 años, estaría en los 19 años.”. BOCG. Congreso Diputados. Serie A., 10 de diciembre de 2014. Págs. 369 y 370.

se enumeran en este apartado son incompatibles con “el abuso sexual” y en principio solo aplicables a la agresión hay otras que podrían concurrir sin necesidad de violencia o intimidación y no parece que sea esta la finalidad perseguida con el precepto <sup>30</sup>.

Se castiga, por tanto cualquier acto de naturaleza sexual realizado con un menor de dieciséis años, si bien el precepto diferencia, los delitos cometidos con menores de esa edad con su consentimiento, en cuyo caso el delito sería el de abuso sexual, con una pena de dos a seis años de prisión, siendo así que cuando se trata de persona de edad superior la prisión hubiera sido de uno a tres años o multa, penas consideradas como menos graves, artículo 33 CP, por lo que el delito entraría dentro de los menos graves, artículo 13 del CP, mientras que en el caso de menores de acuerdo con los artículos citados el delito sería considerado como grave.

El tipo básico de la agresión sexual, en estos casos igualmente se agrava, pues cuando se emplea violencia o intimidación en el caso de los mayores de dieciséis años, el delito sigue siendo menos grave, mientras que si se trata de menores de dieciséis años el delito es grave, alcanzando las penas máximas en uno y otro caso a los cinco años, artículo 178, y los diez años, artículo 183.2, respectivamente. Las conductas que aparecen como integrantes de este delito no son solo “realizar actos de carácter sexual empleando violencia o intimidación”, sino las nuevas conductas consistentes en el uso de la violencia o intimidación para compeler al menor “a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o realizarlo sobre sí mismo”.

Se mantiene la agravación similar en las agresiones y en los abusos sexuales con acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por las dos primeras vías, pues las penas de seis a doce años de prisión y de cuatro a diez años, respectivamente pasan a ser de doce a quince años y de ocho a doce años, artículos 179 y 181.4, en el primer caso y 183.3 en relación con 2, en el segundo.

Se han modificado las agravantes específicas contempladas en el cardinal 4 del artículo y así atendiendo a las condiciones personales de la víctima, donde antes se contemplaban los casos en los que “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” se ha añadido el supuesto de “tener un trastorno mental”, artículo 183.4. a).

En el apartado e) donde antes se recogía tan solo “cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor”, se ha ampliado incluyendo la

---

<sup>30</sup> Pienso que no plantearía problemas en los que hubiese un consentimiento por el menor próximo al autor y que concurrieran las circunstancias contempladas en los apartados “b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas... 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...”.

puesta en peligro no solo de la vida sino también de la salud de la víctima y tanto si ha sido de forma dolosa como por imprudencia grave <sup>31</sup>. Esto ha supuesto una ampliación por una parte de los bienes a proteger, al incluir la salud, y al comprender tanto la conducta dolosa como la imprudente, que de otro modo de acuerdo con el artículo 12 CP resultaría atípica, si bien al sancionarlo con igual pena que la conducta dolosa entiendo se vulnera el principio de proporcionalidad de la pena al no existir el mismo grado de culpabilidad.

Por último, este precepto sufre igualmente una mejora técnica pues en la reforma de la LO 5/2010 establecía la previsión de imponer la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando los delitos hubieran sido cometidos por autoridad, agente o funcionario público que se hubiere prevalido de su cargo, mientras que de forma más correcta en la nueva redacción se sustituye el “aplicará” por el “impondrá”.

El nuevo artículo 183 bis contempla unas conductas delictivas que presentan igualmente el carácter de la especialidad frente a otras parcialmente ya recogidas en otros preceptos del CP siendo la característica esencial de este artículo la edad del sujeto pasivo, el menor de dieciséis años frente a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, artículos 185 y 186 “menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

En este nuevo delito, que deberá prevalecer cuando nos encontremos ante el menor de dieciséis años, por aplicación del artículo 8 del CP., se castiga tanto la conducta del que determine al menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o le haga presenciar sin participar, castigando con mayor pena el caso de que el que se le haga presenciar sean abusos sexuales. Se tipifica una conducta activa que excluye por atipicidad los supuestos de conductas omisivas, el garante que ve como su hijo o hija está observando a otros cometer actos sexuales y no lo impide, sin embargo cuestión diferente sería si el garante observa como un tercero, realiza actos sexuales con el menor y no lo impide, porque en este caso sería cooperación por omisión.

Es interesante observar la distinta intensidad que exige el legislador cuando el sujeto pasivo es un mayor de edad a cuando es menor de dieciséis años, pues con independencia del significado que la Real Academia de la Lengua da a la palabra “determinar”, que algunos autores lo consideran sinónimo de “inducir” <sup>32</sup>, en el caso de los menores de edad basta simplemente con determinar, “el que con fines sexuales determine a un menor de dieciséis años”, artículo 186 bis, mientras que en el caso de mayores de edad, se requiere además, “empleando violencia, intimidación o engaño, o

<sup>31</sup> Esta extensión del precepto ya existía en el apartado e) del reformado artículo 188.4, actual 187.2 e) y que fue introducido por la LO 5/2010.

<sup>32</sup> ORTS BERENQUER, E. en Derecho Penal. Parte Especial. AAVV, GONZALEZ CUSSAC, J. L. (coord.), Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 227 y ss.

abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine”, artículo 187.1.

La LO 5/2010 introdujo la figura delictiva de la utilización “del internet, el teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación” como instrumento de acoso, para cometer estas conductas, añadiendo un nuevo artículo, el 183 bis, “el acoso cibernético”, cuando el sujeto pasivo fuera un menor de trece años y la finalidad perseguida a través de estos medios fuese concertar un encuentro con un menor para la comisión de los delitos de agresión o abusos sexuales o las conductas constitutivas de delitos relativos a la prostitución. La ampliación de la edad de protección a los dieciséis y el cambio de la numeración del articulado ha exigido la modificación de las referencias a la edad y a los artículos que antes se citaban. El resto de este cardinal ha permanecido inalterable.

Este delito es conocido internacionalmente, y así se denominaba en el Preámbulo de la LO 5/2010 con el nombre de *child grooming*<sup>33</sup>, sin embargo como destacó el Consejo Fiscal en el informe al anteproyecto<sup>34</sup> se hubiera podido aprovechar esta reforma para mejorar su contenido debido a la escasa aplicabilidad, nula — afirma en el informe el Consejo Fiscal —, quien considera que esto se debe no solo a la franja de edad, extremo que ahora se ha corregido, sino por los problemas probatorios que incorpora el tipo delictivo y que dificultan la prueba.

RAMOS VAZQUEZ, analizando estadísticas de otros países, si bien reconoce la aparición de esta nueva forma de delincuencia basada en el trío “menores, sexo e Internet”, y que experimentó su máximo auge en el año 2000 ha ido perdiendo fuerza<sup>35</sup> en los últimos años hasta el punto que estas figuras delictivas han ido disminuyendo hasta en un cincuenta por ciento en esta década, que en el año dos mil ni un solo caso llegó a finalizar con una conducta de violencia sexual y que en el seno de la Unión Europea sólo un nueve por ciento de los contactos llevados a cabo concluyeron con un encuentro *face to face*, lo que pone de manifiesto la importancia de la formación de los jóvenes en esta materia en donde han aprendido a autoprotgerse<sup>36</sup>.

El actual delito 183 ter penaliza los actos preparatorios y en consecuencia no pueden considerarse como tentativa de otros más graves, agresión o

<sup>33</sup> Apartado XIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE Número 152 de 23 de junio: “...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.”

<sup>34</sup> Madrid 20 de diciembre de 2012.

<sup>35</sup> En sentido contrario MORILLAS FERNANDEZ, L. “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, En AAVV, Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015) Ip. (dir) Dykinson, S. L. Madrid. 2015, pág. 454.

<sup>36</sup> RAMOS VAZQUEZ, J. A., “Ciberacoso”, en AAVV, Comentario a la reforma penal de 2015. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir). Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs.436 y 437.

abuso, sino simplemente el contactar. Entiendo que se trata de un delito autónomo sin que sea de aplicación el artículo 64 del CP <sup>37</sup>, algunos autores interpretan que aún no se ha traspasado el quicio de la tentativa <sup>38</sup>, ya que el delito se consuma con el hecho de contactar con el menor a través de los medios tecnológicos y proponerle un encuentro con la finalidad de cometer los delitos contemplados en los actuales abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, artículo 183 y 189, delitos relativos a la explotación sexual y corrupción de menores, de forma que si sólo hay un contacto se habrá cometido sólo este delito, pero si además se ejecutan los delitos descritos en los citados artículos habrá un concurso medial de delitos, artículo 77.1 y 3, porque el primero quedó ya agotado.

En esencia no ha habido notable variación respecto al anterior delito, salvo la edad de protección que ha pasado como en la generalidad de los preceptos de este tipo a los dieciséis años y el cambio de las referencias legislativas a causa de las modificaciones de los cardinales en donde se recogen como consecuencia de la modificación los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años y delitos pornográficos.

Los requisitos acumulativos del tipo ha supuesto un obstáculo de cara a su aplicabilidad, sin embargo el tipo se ha apreciado en determinadas conductas indiscutibles <sup>39</sup>.

En este precepto se ha añadido un nuevo cardinal donde se tipifica por primera vez la conducta del delito de “embaucamiento del menor”, conocido internacionalmente como *sexting*, consistente en convencer al menor de dieciséis años, no de quince como se ha mantenido en el preámbulo de la ley pese a la modificación producida en este sentido en la tramitación parlamentaria <sup>40</sup>, para que por estos medios le envíe material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

Se cumple así con creces el mandato del artículo 6 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de

<sup>37</sup> “Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la compli-  
cidad se hallen especialmente penadas por la Ley”.

<sup>38</sup> ORTS BERENQUER, E., op. cit. Pág. 229

<sup>39</sup> SAP Ourense 04.10.13. FD. 4.º “El propósito normativo a que responde la exigencia de  
concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constata-  
ción de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la puni-  
ción de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comu-  
nicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto  
del pene erecto que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulada  
ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas. La Sala aprecia, por tanto, que el  
menor recurrente (próximo a la sazón a la obtención de la mayoría de edad) conjugó con  
su conducta el verbo núcleo del tipo penal examinado, realizando actos evidentes de pro-  
posición sexual con innegable intención de concertar encuentro de tal naturaleza con la  
víctima, menor de 13 años”. En análogo sentido las SS de las AAPP de Barcelona 19.07.13  
y Cádiz 14.05.12.

<sup>40</sup> XII del Preámbulo de la LO 1/2015.

2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y que sustituyó la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo <sup>41</sup>.

Entiendo que este precepto adelanta la barrera de protección del menor pues no se precisa que le remita el material sino simplemente que el autor del delito realice los actos preparatorios encaminados a este fin, caso del envío del material o en el supuesto de que le mostrase las imágenes, nos encontraríamos en las conductas tipificadas en el artículo 189 relativas a la pornografía infantil y a la que posteriormente me referiré, castigado con más pena. Posiblemente la sistemática hubiera exigido o bien llevar este artículo al capítulo relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual o bien traer estas figuras a este capítulo.

El nuevo precepto se muestra así inaplicable a menos que se piense en un delito de peligro y no de resultado el cual el artículo 189 ya cumplía con las exigencias de la Directiva. Por otra parte, pese al contenido que la Real Academia da a la palabra “embaucar” <sup>42</sup>, y la finalidad del precepto, proteger al menor de dieciséis años, al no exigir el nuevo delito que el sujeto activo sea un “adulto”, requisito de la Directiva, y que las fotos puedan ser no sólo propias sino de un tercero, nos podemos encontrar con el supuesto de que el autor del delito sea el más joven de los tres menores.

## **5.2. Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores**

Estos delitos se encuentran regulados en el Capítulo V, artículos 187 al 190. Los dos últimos preceptos, 189 bis y 190, tratan sobre las penas a aplicar a las personas jurídicas cuando sean responsables de estos hechos y sobre la validez de las sentencias dictadas por Tribunales de países extranjeros en los delitos contemplados en este Capítulo a efectos de apreciar la agravante de

---

<sup>41</sup> Diario Oficial de la Unión Europea, 17.12.2011. “Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: 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 cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, 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”.

<sup>42</sup> “Engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”, lo que no puede considerarse consustancial con el menor pues el “embaucador” puede ser menor al 1º embaucado. RAE. Diccionario de la Lengua Española. Ed. Espasa. Madrid 2001. Pág. 840.

reincidencia <sup>43</sup>, preceptos que como ya afirmé ut supra no han sufrido variación, sí los otros tres que han alcanzado una extensión desacostumbrada en nuestros textos penales.

En el enunciado del epígrafe se ha añadido “explotación sexual”, lo que debe calificarse como una mejora en cuanto a la descripción de las conductas delictivas que aquí se recogen.

Paso a continuación a examinar el alcance de la reforma en estos delitos.

### 5.2.1. Delitos relativos a la prostitución de mayores de edad

El primer precepto regula los delitos relativos a la prostitución exclusivamente de mayores de edad y los dos siguientes se refieren a la de los menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección y a la pornografía, respectivamente.

Es cierto, como afirmó el informe del Consejo Fiscal, que el cambio de numeración, dedicando el primer precepto a la prostitución de los mayores de edad y el segundo a la de los menores y personas necesitadas de especial protección, puede considerarse innecesario y generador de más problemas que ventajas al suponer una modificación en las referencias doctrinales y jurisprudenciales, sin embargo; desde mi punto de vista no puede descalificarse por este solo hecho la alteración sufrida pues se recupera la correlación con el epígrafe del capítulo, donde en primer lugar se citan los delitos relativos a la prostitución y en segundo lugar los relativos a la corrupción de menores, de los que participan tanto las conductas descritas en los artículos 188, propiamente prostitución de menores, como el 189 relativo a la pornografía infantil, pero especialmente porque este precepto contiene algún apartado de aplicación a ambos artículos, como es el 6 <sup>44</sup>.

Por lo que respecta a los mayores de edad se regula en primer lugar “determinar <sup>45</sup> a una persona” mayor de edad con violencia, intimidación o engaño, o abuso de su situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima a ejercer o mantenerse en la prostitución.

---

<sup>43</sup> No sólo a los países integrantes de la Unión Europea, por cuanto las dictadas por estos países producen ya los mismos efectos con carácter general tras la modificación de la circunstancia 8.ª del artículo 22 del CP., también en la reforma de la LO 1/2015.

<sup>44</sup> “El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses”.

<sup>45</sup> Expresión de poco uso con la finalidad que aquí le otorga el legislador, “hacer tomar una resolución”, es la acepción que más se aproxima de las 5 que le otorga el Diccionario de la RAE, como antes dije.

De esta primera figura, cuya pena máxima se ha elevado pasando de cuatro a cinco años de prisión, se ha diferenciado la segunda a la que se le mantiene la misma pena, convirtiéndose, por tanto en un tipo privilegiado y que consiste en lucrarse, aun cuando sea con el consentimiento de la víctima, con la explotación de la prostitución.

La reforma ha enumerado unas presunciones de explotación para los casos en que la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica y cuando en el ejercicio de la prostitución se le imponga a la víctima condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

Junto a estos tipos básicos y privilegiados se mantienen los agravados y el supuesto de concurso de delitos por las lesiones o abusos sexuales que pudieran recibir la persona prostituida.

Las conductas se agravan para los casos en los que el sujeto activo se haya prevalido de la situación de autoridad, agente o funcionario público, caso de pertenecer a una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de estas actividades, o para los supuestos en los que se hubiere puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave la vida o la salud de la víctima.

### **5.2.2. Prostitución y explotación sexual de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección**

El segundo de los artículos regula en exclusiva los delitos relativos a la prostitución de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, delito que comete quien “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución ... o se lucre con ello, o explote de algún modo...”, conducta que se caracteriza por la promiscuidad <sup>46</sup>.

Rompe la regulación sistemática que se contenía en el antiguo 187, donde si bien su contenido esencial ha pasado al nuevo 188, lo cierto es que aparecen nuevas figuras y circunstancias que agravan el tipo penal básico.

La figura básica queda descrita como la del que “induzca, promueva, favorezca o facilite (...) o se lucre con ello, o explote de algún modo”. Pese a poder considerar este tipo como básico el mismo ha sufrido una agravación de la pena respecto al sistema seguido antes de la reforma, pues la mínima que antes era un año se ha elevado a dos años, manteniéndose la extensión de la pena de multa conjunta y el máximo de la privativa de libertad.

La solicitud, aceptación u obtención a cambio de una remuneración económica una relación sexual se ha convertido en tipo privilegiado, pues con

---

<sup>46</sup> En sentido distinto TAMARIT SUMALLA, J. M., op. cit., pág. 431, que entiende que lucrarse o explotar, son dos figuras distintas a la descrita al inicio y que no necesariamente exigen la promiscuidad propia de la prostitución sino que puede ser que la relación sexual sea exclusivamente con una persona, sin embargo entiendo que al añadir el tipo delictivo “para estos fines”, se remite a los propios de la prostitución que son los que se describen al inicio del tipo.

anterioridad a la reforma se castigaba con igual pena, mientras que tras la reforma se han disminuido el límite máximo de la privativa de libertad y suprimido la pena conjunta de multa con que antes se castigaba. Aparece pues este tipo delictivo con diferente trato al otorgado a la conducta básica, la cual se ha agravado mientras que ésta ha visto disminuir la pena.

El número de tipos agravados se han incrementado, fundamentalmente en lo que se refiere a las conductas, pues en atención a la edad de la víctima antes se agravaba para los casos en los que fuese menor de trece años, mientras que tras la reforma se ha elevado la protección a los dieciséis años y en segundo lugar el límite máximo de la privativa de libertad ha pasado de seis a ocho años.

Igualmente se establecen penas superiores respectivamente para los casos en los que se utilice violencia o intimidación y las penas superiores en grado a las contempladas anteriormente para los supuestos ya previstos en la anterior regulación cuando el responsable sea autoridad, agente o funcionario público prevaleciendo de su cargo y cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, aun de carácter transitorio que se dedique a este tipo de actividades; además se ha añadido la misma agravante que para los supuestos en los que la víctima sea mayor de edad la consistente en que el culpable pertenezca a una organización o asociación aún de carácter transitorio que se dedique a la realización de estas actividades.

Se han introducido los tipos agravados en los que se trate de menores de edad o personas necesitadas de especial protección, consistentes en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación; cuando para la realización del delito el responsable se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o afines, con la víctima; y, cuando los hechos se hubieren cometido por la acción conjunta de dos o más personas.

Por último, resta decir que para estos delitos también se mantiene el apartado que se añadió con ocasión de la reforma de la LO 11/2003 en donde se establece de forma expresa la posibilidad de concurso de delitos para aquellos supuestos en los que además se hayan cometido agresiones o abusos sexuales sobre la persona prostituida.

### **5.2.3. Delitos de pornografía infantil**

La pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se regula en el artículo 189 del CP que en esta materia ha pasado de ser uno de los tipos más breves del CP a uno de los artículos más extensos, en donde, en este caso, desde el principio se contienen también normas de matiz procesal <sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Originariamente la pornografía infantil tan solo se regulaba en el número 1 del artículo 189 del CP, "1. El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos

De forma asistemática se incluye a mitad del cardinal 1 una interpretación auténtica de lo que se entiende por pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

“A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- e) 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

---

exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.”. Se castigaba, por tanto tan solo la conducta del que intervenía directamente en la utilización del menor, quedando excluidas todas aquellas relativas al comercio con el material pornográfico de menores, de ahí que en la reforma de la LO 11/1999 esta conducta pasó a regularse de la siguiente manera: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades. b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. — A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior. — 2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. — 3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste; será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”. La LO 15/2003 en donde fundamentalmente se aumentan las conductas agravadas. “... 3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años. b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual. e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz ... “y la inmediata anterior a la actual, la LO 5/2010, que a la vez que entra a detallar más las conductas delictivas incrementó las penas y la reciente LO 1/20151 que es objeto de especial estudio.

resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

- d) 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”<sup>48</sup>.

Esta definición, salvo la excepción contenida en el apartado e) es prácticamente copia literal de la facilitada por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual<sup>49</sup>, con la salvedad de que se ha añadido las referencias a persona con discapacidad necesitada de especial protección en los apartados a) y b).

Del examen del artículo, dentro de las conductas en las que las víctimas siempre sean las personas antes citadas se puede distinguir entre los tipos básicos, artículo 189.1, el agravado, 189.2, y los privilegiados en los números 4, 5 y 6.

En este caso los tipos básicos, con penas de uno a cinco años de prisión, son los siguientes:

1. La captación o utilización para espectáculos exhibicionistas y la financiación de los mismos.
2. La producción, venta, distribución, exhibición, oferta o facilitar las anteriores actividades o poseer con estos fines el material pornográfico, aun cuando tenga su origen en el extranjero.

El primer tipo básico, que en extracto recojo, no ha sufrido modificación alguna con respecto a la redacción anterior salvo el cambio del término “incapaz”, antes utilizado.

Este delito se introduce por la LO 5/2010, sin embargo el contenido es más amplio del que da la propia definición extraída de la Directiva, pues en el número 1 se dice de forma expresa “cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte”, entendiéndose por tanto que el soporte no puede quedar reducido al visual, único al que en sus cuatro apartados de la interpretación de material pornográfico da el texto reformado al utilizar en

<sup>48</sup> Artículo 189.1.

<sup>49</sup> El Artículo 2 entre las definiciones que contiene en el apartado e) se establece. “«pornografía infantil»: 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.”

la definición de “pornografía” las expresiones “de manera visual”, “toda representación de los órganos sexuales”, “de forma visual” e “imágenes realistas”, apartados a), b), e) y d), respectivamente; quedaría excluido, por tanto, el soporte fonográfico y el escrito <sup>50</sup>, teniendo en cuenta además que la expresión de “cualquiera que sea su soporte”, utilizado en el número 1 apartado a), puede ser también aplicable en exclusividad al visual que admite también la posibilidad de mostrarse de forma variada.

A la vista de esto, según lo que se entienda por “pornografía” ha quedado despenalizada la figura que con claridad se contemplaba en el artículo 189. 7, casos en los que “no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”, el cual ha quedado como conducta atípica tras la reforma de la LO 1/2015 y que trato a continuación <sup>51</sup>.

La conocida como pornografía técnica, “material que se integra por imágenes en las que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual” <sup>52</sup>, contemplada en el apartado e) ha quedado despenalizada. Este tipo de pornografía se recogía en el apartado iii del artículo 2 de la Directiva “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”, pues la definición traspuesta al CP ha incluido la excepción “salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes”. El apartado 7 del artículo 5 de la Directiva al establecer que “Quedarán a la discreción de los Estados miembros decidir si el presente artículo será aplicable a los casos relacionados con la pornografía infantil a que se refiere el artículo 2, letra e), inciso iii), cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes”, ha posibilitado la despenalización.

La Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil se muestra exigente en la aplicación de la exención contemplada en este apartado y así ordena a los Fiscales la interpretación de esta disposición en el sentido de otorgar transcendencia penal a este material pornográfico sin perjuicio de lo que resulte de las posteriores investigaciones, llegando a afirmar que “Si no puede determinarse la mayoría o minoría de

<sup>50</sup> En el informe al anteproyecto del Consejo Fiscal ya se incidía en estas cuestiones y por lo que se refiere al soporte escrito cita como ejemplo la condena impuesta a un interno por delitos sexuales que escribió y proporcionó a otro interno unas historias de sexo explícito efectuado por un mayor con un menor de diez años. Sentencia Dodge v R (2002) A Crim R 435, Australia Occidental. Op. cit. Pág. 169.

<sup>51</sup> En el mismo sentido ESCUDERO GARCIA-CALDERON, B. “El delito de pornografía infantil”, en AAVV, *Comentario a la reforma penal de 2015*. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir). Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 454.

<sup>52</sup> FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/2015, 2.4, pág 8.

edad de la persona representada y el material la presenta como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil”<sup>53</sup>. No puede considerarse que esto sea propiamente una inversión de la carga de la prueba, pues la pretensión de quienes lo elaboraron era aparentar ser menor de edad. En cualquier caso acreditar la edad de los intervinientes en la mayoría de los supuestos planteará problemas serios de prueba máxime cuando gran parte de este material es elaborado en el extranjero.

Los cuatro apartados son reiterativos y podían, haber quedado reducidos a dos, “las imágenes realistas de un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada” y “cualquier representación de los órganos sexuales de un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, con fines principalmente sexuales”.

El distinto contenido que se atribuye a las palabras “real” y “realista”, entendiendo la primera como lo que históricamente ocurre, con intervención de personas existentes de forma directa aunque la conducta sea simulada y la segunda aquello en lo que no intervienen personas reales pero que gracias a los medios técnicos se aproximan a la realidad, ha supuesto que deba entenderse tipificado en el delito aquellas conductas y hechos ficticios cuyo parecido se ha conseguido gracias a la técnica.

También se entiende incluido, si bien a partir de la reforma no como delito autónomo, sino como una variante de la pornografía virtual o técnica, las conductas conocidas como *morphing* o pseudopornografía. No puede afirmarse que en estos casos se atente contra la libertad e indemnidad sexual del menor, pues no existe tal en la conducta que se describe, sin embargo el bien jurídico protegido sería la imagen, cuyos rasgos y conductas se distorsionan aparentando conductas inexistentes.

Pornografía virtual, técnica o pseudopornografía debe ser realista, de forma que no encaja en estas figuras al no aproximarse a la realidad los supuestos de “dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente imágenes realistas, en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad”<sup>54</sup>.

Resulta incomprensible la causa por la que pese a que el artículo 189 se refiere a la pornografía infantil y a la relativa a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, aun cuando el epígrafe del Capítulo V olvide a estos últimos, el precepto dice: “A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, procediendo seguidamente a la transcripción del apartado e) artículo 2 de la Directiva, si bien alterando parcialmente la sistemática e incluyendo la excepción a la que antes he hecho referencia, pues bien, mientras en los dos primeros apartados a)

<sup>53</sup> FGE. Ibid., pág. 10

<sup>54</sup> FGE., Ibid. Pág.8

y *b*) cuando se refiere a menores añade a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en los dos últimos apartados, *e*) y *d*) omite esta referencia. Desde mi punto de vista no pueden entrar en el concepto de “pornografía infantil”, que es el que facilita la Directiva estas otras personas, pero si la interpretación legal de pornografía que se recoge en el precepto y que no solo hace referencia a la infantil sino también a la de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, es evidente que deberían haber sido incluidas también en los apartados *e*) y *d*) pues de otro modo, por ejemplo, “las imágenes realistas de una personas con discapacidad necesitadas de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita o las imágenes realistas de sus órganos sexuales, con fines principalmente sexuales”, no se entendería pornografía, observación que igualmente podría hacerse del apartado *c*).

ORTS BERENGUER, se muestra bastante crítico con el contenido que pueda deducirse de esta definición, esencialmente al iniciar los tres primeros apartados con “represente”, “representación” y, una vez más, “represente”, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua <sup>55</sup>, no puede limitarse a una reproducción fotográfica de personas reales de carne y hueso, parece tener unos contenidos que vulneran “los principios de prohibición de exceso y ofensividad, algo que no parece preocupar a los autores de tanto desaguizado” <sup>56</sup>.

En cualquier caso la imprecisión de los términos utilizados, aunque copia esencial de la Directiva, y la inexplicable exclusión de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” como ocurre en la *d*), planteará sin duda problemas en el momento de interpretar la norma.

Se consideran tipos agravados con pena de cinco a nueve años de prisión, cuando <sup>57</sup>:

1. Concurra alguna de las circunstancias siguientes:
  - a*) Se utilicen a menores de dieciséis años.
  - b*) Si los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
  - e*) Si el material representa a quienes sean víctimas de violencia física o sexual.
  - d*) Si el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima.
  - e*) Si el material tuviere notoria importancia.

<sup>55</sup> RAE. Diccionario de la Lengua Española. Ed. Espasa, Madrid 2001, T. 11, pág. 1951.

<sup>56</sup> ORTS BERENGUER, E. Op cit., pág.; 258

<sup>57</sup> Las circunstancias que han sido añadidas tras la reforma de la LO 1/2015 se corresponden con las exigencias de la Directiva recogidas en el artículo 9, no obstante el derecho español ya cumplía con esta obligación por aplicación de las agravantes genéricas contempladas en los artículos 22 y 23 del Código Penal.

- f) Si el culpable pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dediquen a la realización de estas actividades.
- g) Si el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.
- h) Si concurra la agravante de reincidencia.

Todos estos tipos agravados con una pena, cuya máxima pasa a ser de nueve años frente a los cinco de prisión del tipo básico, desproporcionada para algunas figuras, resultará en muchas ocasiones inaplicable bien por incompatibilidad con la acción del delito bien por desconocimiento del autor del delito de la existencia de los hechos que son calificados como agravantes, circunstancias que no se han tenido en cuenta en la reforma.

Ha desaparecido la, hasta este momento, existente conducta agravada que se recogía en el antiguo e) “Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico”, circunstancia que durante su vigencia había planteado diversos problemas en cuanto a su apreciación por parte de los Tribunales. Ahora se ha sustituido por la actual e), que, pese a todo, constituía un presupuesto de la importancia económica <sup>58</sup>, por lo que se sigue manteniendo la imprecisión y dificultad de aplicación ante la variedad de material en que puede mostrarse la pornografía y posibilidades que ha abierto a los aficionados el uso del internet <sup>59</sup>.

Antes al juez no le quedaba otra posibilidad que valorar la magnitud del material a los efectos de la individualización de la pena dentro de los límites marcados por el artículo 66, sin embargo ahora, con independencia de esta circunstancia deberá aplicar una pena que supera incluso la superior en grado, que según el artículo 70 llegaría hasta los siete años y seis meses. Lo que antes eran elementos orientativos a los que debía acudir el juez en el momento de individualizar la pena en la horquilla de los límites máximo y mínimo, aplicada ya la determinación de la pena según grado de ejecución, participación y concurrencia de circunstancias modificativas, “en la extensión

---

<sup>58</sup> STS. Sección 1. Número 588/2010. 22 de junio de 2010. Esta sentencia ya inadmitió la existencia de la agravante al no existir ningún elemento en virtud del cual se pudiera hablar del valor económico.

<sup>59</sup> Pese a ello algunos autores se mostraban partidarios de este tipo agravado pues supone un incremento del plus de perversidad al no ser un elemento esencial del tipo básico de pornografía infantil. Cfrs. AAVV “Código Penal. Concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales especiales y complementarias”. RODRIGUEZ RAMOS, L. (Dir). La Ley. Madrid 2015. Pág. 189.

que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, ahora ha pasado a integrar el elemento del tipo agravado “notoria importancia”.

En cuanto a las demás la *b)* permanece igual y aparecen con nuevo contenido la *d)* y la *h)*. Se eleva la edad del menor protegido a los dieciséis años, en la *a)* y se sustituye el término “incapaz” de acuerdo con el nuevo contenido del artículo 25.

2. Si se cometiere la captación o utilización con violencia o intimidación.

En este caso podría aparecer un concurso de delitos pues junto con el de pornografía infantil podría existir el de agresión o abuso sexual, lo que constituiría ya de por sí una agravación de la pena.

Los tipos privilegiados; castigados con penas inferiores al tipo básico son los siguientes:

1. Asistencia a espectáculos en los que intervengan estas víctimas, castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Esta conducta, posiblemente por falta de previsión del legislador, no aparecía tipificada en el texto antiguo y su inclusión obedece igualmente al contenido del artículo 4.4 de la Directiva 2011/92/UE <sup>60</sup>.

2. Adquisición o tenencia de este material para el propio uso, castigado con prisión de tres meses a un año o multa.

Es importante respecto a esta figura la exigencia del conocimiento de su posesión, “para el propio uso”; por lo que quedarían excluidas aquellas otras conductas en las que se recibe o descarga de forma inconsciente o por la acción de terceros, o incluso cuando se trate de una posesión fugaz <sup>61</sup>.

3. Se castiga con la misma pena el acceder a sabiendas por medio de las tecnologías de la información y comunicación a este material <sup>62</sup>.

Esta conducta introducida tras la reforma resultaba también anteriormente atípica pues no podía considerarse posesión el mero visionado o acceso sino que la posesión exige al menos una prolongación en el tiempo.

<sup>60</sup> “Asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad”.

<sup>61</sup> STS. Número 373/2011. 13 de mayo de 2011. FJ. 3 “Por un lado, se cuestiona el mismo elemento objetivo, es decir, la posesión de tales imágenes o archivos (que únicamente han resultado ser fotogramas residuales obtenidos tras la operación de recuperación del material grabado y borrado posteriormente), lo que podemos denominar “posesión fugaz”, y de otro lado, se desconoce el momento concreto de la descarga, o bien el lapso temporal en que fueron poseídas por el acusado las imágenes que fueron posteriormente recuperadas, a modo de huella o rastro informático de su pretérita existencia...”.

<sup>62</sup> Artículo 5, apartado 3 de la Directiva. “El acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

Es de destacar el elemento subjetivo de lo injusto “acceder a sabiendas” que supone una clara conducta dolosa.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a estas personas y no hiciere lo posible para evitar su prostitución o corrupción o acudiere a la autoridad con este fin si carece de medios, prisión de tres a seis meses o multa <sup>63</sup>.

El precepto contiene igualmente dos disposiciones que imponen obligaciones al Ministerio Fiscal y faculta al juez a la adopción de diversas medidas. A la vista del contenido del número 7 del artículo 189, el Ministerio Fiscal debe promover las acciones correspondientes con el fin de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a las personas que incurran en las conductas omisivas descritas en el número 4 inmediato anterior; y en el 8, se faculta al Juez incluso con carácter cautelar, a instancias del Ministerio Fiscal, para ordenar la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan este tipo de pornografía o, en su caso, bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español <sup>64</sup>.

Respecto a la posibilidad de bloqueo de las páginas existen sistemas idóneos para este fin, como el CIRCAMP, utilizados por países de dentro y fuera de la Unión Europea, sin embargo en España se paralizó su puesta en marcha ante las dudas sobre su legalidad <sup>65</sup>.

Por lo que se refiere a la primera medida entiendo que hubiera sido preferible incluirla dentro de las disposiciones generales donde ya existe alguna otra de análoga naturaleza en el artículo 192.3, con referencia precisamente a los delitos contenidos entre otros en los artículos 188 y 189, máxime rigiendo el principio acusatorio en nuestro Derecho Penal, artículo 24 de la Constitución, las referencias allí contempladas relativas al Ministerio Fiscal, desde mi punto de vista resultan inútiles, a menos que la voluntad del legislador no haya sido configurar la conducta omisiva como un delito grave, pues la pena de privación de la patria potestad configuraría la calificación de la

---

<sup>63</sup> Este precepto, cuyo precedente remoto fue el artículo 452 bis e) del CP, texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE Número 297 de 12 de diciembre de 1972, ha permanecido prácticamente inalterable en el nuevo CP desde 1995, salvedad hecha de la relativa a las penas, pues si bien en el nuevo CP se disminuyó la pena, antes de un mes y un día a seis meses y con el nuevo CP quedó reducida a la pena de multa, sin embargo ya con la LO 15/2003 pasó de nuevo a la pena de prisión con el mismo límite máximo aunque se aumentó el mínimo pero mantuvo la económica como alternativa lo que se ha mantenido hasta nuestros días, viéndose afectada tan solo en la última reforma al sustituir el término “incapaz”, acorde con el nuevo artículo 25.

<sup>64</sup> En concordancia con el artículo 25 de la Directiva.

<sup>65</sup> En esta dirección se creó CIRCAMP (Cospol Internet Related Child Abusive Material Project) como sistema para impedir el acceso a páginas web con pornografía infantil. Este sistema está funcionando ya en Dinamarca, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Polonia, Suecia, Holanda, Nueva Zelanda y Alemania. En Consejo Fiscal. Informe al Anteproyecto por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 24 de noviembre, del Código Penal. Págs 189 y 190. Madrid 20 de diciembre de 2012.

conducta como delito grave, artículo 13 en relación con el 33.2, k) y con este precepto se pretenda tan sólo instar al Ministerio Fiscal para que persiga la consecución de este fin en el procedimiento civil correspondiente, lo que de ser así no parece que su ubicación en este texto sea la más adecuada.

Sorprende, por otra parte que esta obligación se imponga al Ministerio Fiscal en el caso de los delitos menos graves, en atención a la pena de los tipificados en el Título VIII, que pudieran cometer los titulares de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento y sin embargo en otros de mayor gravedad, en todos aquellos no previstos expresamente en el Título VIII, se atribuya la potestad al Juez o Tribunal de imponer esta pena, artículo 192.3, que evidentemente en ningún caso cabría sin petición previa de la acusación.

Por lo que se refiere a las medidas que cautelar o definitivamente debe adoptar el Juez o Tribunal respecto de las páginas web, artículo 189.8, entiendo igualmente que tanto en uno como en otro caso la medida debe adoptarse siempre a instancias del Ministerio Fiscal, pues aun cuando el precepto solo contenga la referencia a este órgano en el caso de que la medida se adopte con el carácter de cautelar, rige el principio acusatorio; ahora bien la audiencia por parte del investigado para la adopción con carácter cautelar sería innecesaria en aquellos casos en los que se conozca la existencia de la página y aún no se sepa quién es el presunto responsable de la acción delictiva, pues con ello se evitaría la comisión del delito.

El concepto de pornografía, introducido y coincidente casi literalmente con el facilitado por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, en el inusual extenso artículo 189 bien hubiera merecido un precepto aislado en el mismo Capítulo V o en el siguiente junto con las disposiciones comunes.

Por último, en lo que se refiere a este Capítulo se ha suprimido el apartado 4 del artículo 189 del CP que fue rescatado del CP de 1973 por la LO 11/1999<sup>66</sup>, ya que el originario nuevo CP aprobado por LO 10/1995 omittía esta figura delictiva. En esta reaparición en el número 3 se disponía “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”. Posteriormente la LO 15/2003 lo trasladó al número 4 a la vez que elevaba la pena al suprimir la alternativa de multa, y aquí permaneció hasta la última reforma que suprimió esta conducta. En este precepto se tipificaba exclusivamente las conductas de tercería<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> “Por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos”. Preámbulo de la LO 11/1999.

<sup>67</sup> Acuerdos recientes de la Sala, con indicación de las primeras sentencias que los aplican 112. Asunto: Corrupción de menores: Acuerdo: 11En principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el art. 189.4 CP el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo”. Recuperado de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Acuerdos%20recientes%20de%20ia%20Sala\\_1.0.0.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Acuerdos%20recientes%20de%20ia%20Sala_1.0.0.pdf)

Fuera ya de este Título resulta novedoso el detalle con el que se tipifican algunas conductas relativas a la protección de la fauna, en donde junto con antiguas faltas que al derogarse el Libro III del CP han pasado a seguir mereciendo el reproche penal, si bien como delitos leves, se han incluido otras por influencia de los movimientos animalistas.

Al igual que ocurre en otros tipos penales existe una protección del menor cuando la infracción penal se realiza en presencia de menores o mediante la intervención o utilización de estos, pues bien el nuevo artículo 337 tipifica la conducta del maltrato injustificado a los animales entre otras formas “sometiéndole a explotación sexual”, figura delictiva de dudosa aplicación cuando se trate de explotación de sementales u otro tipo de actividades ganaderas similares, que para su aplicación necesitaría el Juez acudir al auxilio de dictámenes de peritos.

La agravación de la pena que este artículo contempla cuando la conducta “se hubiere ejecutado en presencia de un menor de edad”, en un primer momento y del texto de la ley podría pensarse que excluye las actividades vulgarmente conocidas como bestialismo<sup>68</sup>, zoofilia o zoosadismo, las cuales efectuadas en presencia de menores encajaría en los delitos de exhibicionismo o provocación sexual del artículo 185, sin perjuicio del concurso de delitos que pudiera apreciarse con el artículo 337, el cual se castiga con mayor pena cuando tiene lugar ante menores<sup>69</sup>; sin embargo, la historia parlamentaria del precepto puede llevar a la conclusión de que nos encontramos ante un concurso de leyes en el que de conformidad con las reglas del artículo 8 del CP prevalecería el artículo 337 frente al 185 o 186, en su caso.

Este precepto fue introducido en el texto penal a través de una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto que en un principio se proponía criminalizar en este precepto las conductas equivalentes a la agresión sexual<sup>70</sup> del artículo 179, con base esencialmente al vacío legislativo existente en España en esta materia, la cual sólo sería constitutivo de delito en los supuestos en los que “la explotación sexual” le causare, cuando menos, “lesiones que menoscaban gravemente su salud”, pero que la comparación con la legislación de otros países, la mayoría pertenecientes a la Unión Europea relacionada en la justificación de la enmienda<sup>71</sup> y el hecho de que en lugar de haberse intro-

<sup>68</sup> De modo análogo la Circular 2/2015 de la FGE, pág. 4, entiende que el material en el que se reflejasen estos hechos encajaría dentro del delito de pornografía infantil de conformidad con los informes explicativos de los Convenios de Budapest y Lanzarote.

<sup>69</sup> Ignoro la pretensión del legislador imponiendo como pena privativa de libertad la de tres meses y un día, cuando este no es diferenciador de la mínima de tres meses de acuerdo con el artículo 33 del CP.

<sup>70</sup> “5. El que agreda sexualmente a un animal por vía vaginal, anal o bucal, mediante la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las anteriores vías, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales”.

<sup>71</sup> “Es necesario tipificar desde el punto de vista penal la agresión sexual a los animales. Dicha actividad tiene suficiente entidad para justificar su inclusión expresa en las acciones

ducido con un número independiente dentro del precepto, como se pretendía en la enmienda, se haya introducido de forma alternativa a otras conductas “maltratar injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o someténdole a explotación sexual...”, da a entender que la figura tipificada no es tanto la explotación con fines reproductivos sino la relación sexual, lo que nos podría llevar a afirmar, junto con la enmienda, que cualquier relación sexual con un animal es constitutivo de “explotación sexual”, maltrato injustificado y por tanto delito, a menos que se entienda que esto no es suficiente sino que se requiere un plus, consistente en que con la explotación sexual se le cause “lesiones que menoscaben gravemente su salud”, lo que entiendo no exige el precepto pues en la descripción del tipo lo presenta como alternativa.

#### 5.2.4. Agravaciones y nuevas penas

Junto con la aparición de alguna pena específica con carácter general se ha producido una agravación de las penas que ha afectado incluso a los supuestos en los que este delito es causa de otros posteriores delitos o se ha cometido con ocasión de aquellos.

Por lo que se refiere al incremento de las penas, además de los casos ya vistos con ocasión del examen de las modificaciones en los concretos

---

delictivos, ya que es una práctica mucho más extendida de lo que se piensa, tal y como demuestran los últimos casos recientes divulgados en prensa sobre abusos y agresiones sexuales muy graves a animales. Actualmente, la zoofilia o el abuso sexual a animales en el Estado Español se encuentran en un vacío legal que permite la realización de todo tipo de perversiones y abusos hacia el animal con total impunidad. Así, únicamente puede condenarse por maltrato animal si como resultado de la acción sexual se produjeren lesiones o la muerte del animal y no por la agresión sexual en sí misma considerada. — Recientemente, los países vecinos de la Unión Europea han incluido la zoofilia en el Código Penal, así como las reformas de los Códigos Penales para incluir el delito de maltrato a los animales de los Estados de Yucatán (mayo de 2013) y Distrito Federal en México (enero de 2013). Suecia: a partir de 1/1/2014, la modificación del Código Penal castigará con multa o cárcel cualquier acto sexual con un animal (antes no estaba prohibido si los animales no eran maltratados o heridos); Alemania: en febrero 2013, el Código Penal prohibió «el uso de animales para actividades sexuales»; Holanda: en febrero 2010, una reforma legal prohibió «el sexo de humanos con animales» (antes no estaba prohibido si los animales no eran maltratados o heridos). También prohíbe la distribución pornográfica; Bélgica: en 2007 una reforma legislativa aumentó las penas en caso de maltrato de animales y prohibió específicamente la práctica del sexo con los mismos; Inglaterra: la zoofilia se prohibió por la sección 69 del Acta de Ofensas Sexuales de 2003 (Sexual Offences Act 2003) y actualmente la ley de protección animal prohíbe “la penetración con pene humano en animales y viceversa”; Francia: hasta marzo de 2004, ninguna ley castigaba la zoofilia excepto cuando el animal sufría graves abusos. La Ley N.º 2004-204 de 9 de marzo 2004, añadió «o de índole sexual» en el artículo 521-1 del Código Penal, por lo que desde entonces, cometer un acto de crueldad hacia un animal doméstico, o domesticado o en cautiverio, también «de índole sexual» se castiga con dos años de prisión; Suiza: desde 2001 los artículos 135 y 197.4.3, del Código Penal prohíben la difusión y la posesión de la pornografía o escenas de violencia que involucran animales.” Grupo Parlamentario Mixto. Enmienda n.º 361. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A Núm. 66-2 10 de diciembre de 2014. Págs. 251 y 252.

delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se ha elevado igualmente la pena en los delitos de homicidio y de asesinato, al introducir como elemento de agravación del tipo delictivo cuando “el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiere cometido sobre la víctima”, imponiendo bien la pena superior en grado en el homicidio, art. 138.2 a), o la nueva pena de prisión permanente revisable, en el asesinato, art. 140.1.2.<sup>a</sup> De igual forma se agrava la conducta de la detención ilegal cuando el autor la hubiera llevado a cabo con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad, art. 166.2 b). Antes de la reforma, alguna STS entendía que se trataba de un concurso medial de la detención para la violación o real si la detención fue posterior violación <sup>72</sup>; lo mismo podríamos decir de las lesiones necesarias para la comisión del delito, desgarró del himen, de aquellas otras que no sean precisas <sup>73</sup>.

Se mantiene el tratamiento especial que ya se daba en los delitos contra la integridad moral y los de trata de seres humanos, artículos 177 y 177 bis cuando estén relacionados con estos delitos.

Entre las consecuencias accesorias la nueva regulación del decomiso posibilita también su imposición para los bienes, efectos y ganancias pertenecientes al condenado como autor de algún delito relativo a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores y abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, si a partir de indicios objetivos fundados resuelve que los bienes o efectos provienen de su actividad delictiva y no se acredita su origen lícito, artículo 127 bis.

El artículo 192.3, último inciso añade otra pena de inhabilitación especial de obligada imposición, “se les impondrá en todo caso... sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes”, a los responsables de la comisión de alguno de los delitos de abusos y agresiones

---

<sup>72</sup> Es relevante en este sentido el estudio que sobre ambos casos efectúa la STS. S.1.º 27.01.11, en su FD 2.º donde se diferencian los supuestos en los que puede considerarse la existencia de las distintas clases de concursos, con cita de jurisprudencia anterior.

<sup>73</sup> STS, S.1.ª 22.12.87 frente a 3.10.12. FD 2.º “Por lo que se refiere a la absorción de la falta contra la integridad física por la agresión sexual el motivo se ahorra hasta el más mínimo de los argumentos. Se limita a citar la Sentencia de esta Tribunal Supremo n.º 829/2009 de 13 de julio en la que, recogemos nosotros ante la pereza de la cita, decíamos: Tiene declarado la jurisprudencia sobre esta cuestión que cuando en las lesiones causadas en la comisión de este tipo de delitos “no se sobrepasa una consideración normal”, es decir, cuando son la consecuencia ordinaria y proporcionada de este tipo de conductas, por lo que pueden considerarse tales lesiones como inherentes de algún modo a la agresión sexual, y no hayan sido causadas deliberadamente para vencer la resistencia de la víctima, es de aplicación del principio de consunción (art. 8.3.ª CP) (v. SS TS de 16 de julio, 7 de noviembre y 14 de diciembre de 2003, y de 4 de febrero, 22 de septiembre y 7 de octubre de 2004, entre otras). Pues bien la sentencia de instancia en el caso de la (tercera) víctima Doña Palmira describe un amplio elenco de lesiones ubicadas en región craneal, extremidades superiores, extremidades inferiores y tronco. Considerar que esas lesiones constituyen una consecuencia ordinaria y proporcionada del delito de agresión sexual es jurídicamente inaceptable”.

sexuales a menores de dieciséis años y relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado.

Esta pena ya existe en los países de nuestro entorno como es el caso del artículo 382 bis del Code Pénal de Bélgica <sup>74</sup>, Code Pénal de Francia, artículos 222-45 <sup>75</sup>, artículo 609 nonies del Codice Penale de Italia <sup>76</sup>.

Esta nueva pena impuesta en el artículo 192.3 último inciso que parece lógica en el caso de que el delito tenga relación con menores, parece extraña en el caso de los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad. Posiblemente sea consecuencia de que el legislador no ha querido acudir a un abuso de los capítulos con ordinales reiterados y de artículos diferenciados

<sup>74</sup> Art. 382bis. L 2000-11-28/35, art. 20, 029; en vigor desde el 27 de marzo de 2001, "Sans prejudice de l'application de l'article 382, toute condamnation pour des faits visés aux articles 372 a 377, 379 a 80ter, 381 et 383 a 387, accomplis sur un mineur ou impliquant sa participation, peut comporter, pour une durée d'un an a vingt ans, l'interdiction du droit: 1. de participer, a quelque titre que ce soit, a un enseignement donné dans un établissement public ou privé qui accueille des mineurs; 2. de faire partie, comme membre bénévole, membre du personnel statutaire ou contractuel, ou comme membre des organes d'administration et de gestion, de toute personne mora le ou association de fait dont l'activité concerne à titre principal les mineurs; 3. d'être affecté à une activité qui place le condamné en relation de confiance ou d'autorité vis-a-vis de mineurs, comme membre bénévole, membre du personnel statutaire ou contractuel ou comme membre des organes d'administration et de gestion, de toute personne morale ou association de fait. L'article 389 est applicable a la présente disposition.

<sup>75</sup> Art. 222-45, en vigor desde el 3 de julio de dos mil siete. "Les personnes physiques coupables des infractions prévues par les sections 1, 3 et 4 encourent également les peines suivantes: ...3.º L'interdiction d'exercer, soit a titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs..."

<sup>76</sup> Art. 609 nonies Codice Pena le: "(1) La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies comporta: ... La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 bis, 609 ter, 609 octies e 609 undecies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609 quater e 609 quinquies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori. La condanna per i delitti previsti dall'articolo 600 bis, secondo comma, dall'articolo 609 bis, nelle ipotesi aggravate di cui all'articolo 609 ter, dagli articoli 609 quater, 609 quinquies e 609 octies, nelle ipotesi aggravate di cui al terzo comma del medesimo articolo, comporta, dopo l'esecuzione della pena e per una durata minima di un anno, l'applicazione delle seguenti misure di sicurezza personali: 1) l'eventuale imposizione di restrizione dei movimenti e della libera circolazione, nonché il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori; 2) il divieto di svolgere lavori che prevedano un contatto abituale con minori; 3) l'obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza e sugli eventuali spostamenti. Chiunque viola le disposizioni previste dal terzo comma e soggetto alla pena della reclusione fino a tre anni".

pero con el mismo cardinal. Pienso que el legislador no ha observado que según esto sería de aplicación también a los delitos relativos a la prostitución de personas mayores y sin embargo otros de penalidad más grave, como agresiones sexuales a mayores de edad, quedarían excluidos. El legislador ha pasado por alto que en el Capítulo V, también existe el actual artículo 187.

En cualquier caso con este precepto se da igualmente cumplimiento a las disposiciones de carácter internacional como fue el artículo 5.3 del Convenio de Lanzarote de 25 de octubre de 2007 <sup>77</sup> y más recientemente por el artículo 10 de la Directiva 2011/93/UE, pero que ya podía entenderse contemplado en el número 2 del artículo 48, aplicable con carácter general.

## 6. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Recientemente, el pasado quince de enero ha entrado en vigor la LO 14/2015 de 14 de octubre, del Código Penal Militar <sup>78</sup>, de conformidad con lo establecido en su Disposición final octava <sup>79</sup>.

El anterior CPM al regular los delitos contra la disciplina, la insubordinación y el abuso de autoridad, no contenía forma alguna de comisión distinta al “maltrato de obra”, artículos 98 y 104 del CPM, el nuevo texto, por el contrario, de forma expresa en ambas figuras delictivas hace referencia a los delitos del Título VIII, delitos “contra la libertad o indemnidad sexual”, en el primer delito, artículo 42 <sup>80</sup>, y “agresión o abuso sexuales”, en el segundo, artículo 47 <sup>81</sup>.

El artículo 12 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar <sup>82</sup> resuelve esta cuestión atribuyendo la

---

<sup>77</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. “Cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños”. BOE Núm.: 274 de 12 de noviembre de 2010.

<sup>78</sup> BOE Número 247 de 15 de octubre de 2015.

<sup>79</sup> Entrada en vigor. La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia”.

<sup>80</sup> “Artículo 42 “1. El militar que maltrata de obra a un superior o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal”.

<sup>81</sup> Artículo 47 “El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal”.

<sup>82</sup> BOE Núm. 171 de 18 de julio de 1987.

competencia a la Jurisdicción Militar, si bien aplicando el CP común cuando la pena prevista en éste sea más grave <sup>83</sup>, y así lo ha entendido la Sala de lo Militar del TS, en S. 4305/2003, de la sección 1.ª de 16 de julio de 2013.

En definitiva con anterioridad a la reforma se trataba de un concurso aparente de leyes en donde el artículo 12 de la LO 4/1987 opta por solución similar a la contenida en el artículo 8 del CP, ya aplicable por imperativo del artículo 9, sin embargo entiendo que la anterior resolución ya no es aplicable según la redacción del nuevo texto pues entiendo que ahora se trata de un concurso de delitos, al concluir ambos preceptos con fórmula similar a “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”.

Este nuevo código con la fórmula utilizada, ya no solo en los delitos que nos interesa sino en la generalidad de los que sirvan de instrumento para la comisión de los militares planteará sin duda conflictos no sólo sobre Jurisdicción competente sino también sobre pena aplicable e incluso perseguibilidad, ya que todos los contemplados en el CPM son perseguibles de oficio mientras que precisamente los delitos comunes de agresión, acoso y abuso sexual son perseguibles a instancia de parte <sup>84</sup>, problema que se complica pues ni siquiera el nuevo código contiene, como ya ocurriera en el que deroga de 1985, precepto análogo al 194 del Código de Justicia Militar de 1945, que establecía la obligación de imponer la pena señalada en el CP ordinario desde su grado máximo hasta el medio de la inmediata superior en aquellos determinados delitos comunes cuya competencia era de la Jurisdicción Militar, pues aunque el reciente artículo 9 prevé agravación similar con referencia a delitos tipificados en el CP solo se refiere a los concretos delitos que el nuevo CPM les otorga el carácter de delitos militares <sup>85</sup>, entre los cuales no se encuentran los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

---

<sup>83</sup> “En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste...”

<sup>84</sup> Art. 95.1

<sup>85</sup> Artículo 9. “1. Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código. 2. Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como: a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional. 3. El límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito”.

Si se admite que nos encontramos ante un concurso de delitos aparecería un segundo problema consistente en determinar si nos hallamos ante un concurso real, ideal o medial, pues las tres soluciones serían válidas y argumentos legales, jurisprudenciales y doctrinales hay suficientes para avalarlas, dependiendo, entre otras cosas si se pone el acento en la acción o en el resultado, pues en el primer caso, aun cuando exista dolo eventual respecto al resultado se ha optado por el concurso ideal mientras que si el acento se pone en el resultado la solución es el concurso real <sup>86</sup>.

Podría verse cierto paralelismo con los artículos 443 y 444 del CP, pero estos delitos lo que hacen es adelantar la barrera de protección, ni siquiera entran en la posibilidad de que concurra en su comisión los delitos de agresiones o abusos sexuales, pues la conducta delictiva en estos casos se consuma con la mera solicitud, artículo 443, sin perjuicio “de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos”, mientras que los tipificados en el CPM contemplan la agresión y los abusos sexuales como una forma de comisión de los delitos militares.

## 7. REFORMAS PROCESALES

La Directiva no obliga sólo a la modificación del derecho sustantivo, sino que impone también unas obligaciones de carácter procesal y así el artículo 15.3 establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o del enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada y en otros casos de delincuencia grave”.

Como consecuencia de esta obligación se ha introducido diversas modificaciones en el proceso penal y en la investigación de estos delitos tales como el agente encubierto y el archivo de muestras de ADN.

El agente encubierto ya se regulaba en el artículo 282 bis de la ley de Enjuiciamiento Criminal desde la LO 5/1999, de 13 de enero, posteriormente había sido modificado por la LO 15/2003 y la 5/2010. La última reforma la LO 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica <sup>87</sup>, mejora y complementa la anterior regulación como consecuencia de la transposición de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 <sup>88</sup>.

<sup>86</sup> ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Compendio de Derecho Penal. Parte General. (2010). Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 283.

<sup>87</sup> BOE Número 239, de 6 de octubre de 2015.

<sup>88</sup> Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los

La figura del agente encubierto fue objeto de regulación en nuestra legislación procesal por primera vez a través de la LO 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves <sup>89</sup>. La exposición de motivos de esta ley parece circunscribía su actuación exclusivamente en la delincuencia organizada, otorgándole por primera vez “habilitación legal”, en el marco de estas investigaciones y otorgándole el estatuto de testigo protegido de forma análoga a la prevista en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales <sup>90</sup>. En la misma exposición de motivos se hacía referencia a que en el texto de la ley se delimitaba el concepto de “delincuencia organizada”, que en el nuevo artículo 263 bis de la LECrim, se describía como “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 <sup>91</sup> del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal...”.

Se establecía que la investigación la efectuarían bajo la autorización expresa de Jueces o Fiscales, dando en este caso cuenta inmediata al Juez, y en resolución motivada, poniendo en conocimiento de la persona que lo autorizó la información que vayan obteniendo a la mayor brevedad posible.

La reciente LO 13/2015 de 5 de octubre, en el preámbulo de la ley al referirse al agente encubierto justifica la nueva regulación desde aspectos diferentes, por una parte los requisitos que deben cumplir los medios que utilicen para la investigación como son el uso de la grabación de conversaciones y de imágenes y en segundo lugar ya en materia cibernética, la especialidad de “agente encubierto informático”, materia en la que encajarían los supuestos de pornografía infantil contemplados en el actual artículo 189.5, con autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación y que a su vez, requerirá nueva autorización específica para intercambiar o enviar, archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

Hasta lo expuesto podría pensarse que el agente encubierto tan solo afecta a la delincuencia organizada, por tanto a los delitos relativos a pornografía infantil cometidos pero en el seno de organizaciones para delinquir, sin embargo tras la reforma se efectúa una ampliación de las posibilidades de investigación al añadir “cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a”, precepto que

---

procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Diario Oficial de Unión Europea de 6 de noviembre de 2011.

<sup>89</sup> BOE Número 12, de 14 de enero de 1999.

<sup>90</sup> BOE Número 307, de 24 de diciembre de 1994.

<sup>91</sup> Este precepto en la redacción contenida a la fecha de introducción del artículo 282 bis de la LECrim., no contenida referencia alguna a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, por lo que tan solo era de aplicación a los efectos de este Título el apartado a).

recoge expresamente los delitos “cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

La actividad desarrollada por el agente encubierto necesariamente tiene que ser objeto de especial regulación pues su actuación se encuentra al borde la participación delictiva, interviene en el iter criminis y sobrepasando determinados márgenes se entraría en la provocación del delito, artículo 18 del CP., pudiendo obstaculizar la persecución de las conductas de terceros que interviniesen en una operación controlada policialmente desde el principio <sup>92</sup>.

Por lo que respecta a los archivos de ADN el reiterado Convenio de Lanzarote en el artículo 37 disponía “Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos. 1. A efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”. Este compromiso se ha cumplido desde dos aspectos, por una parte en la fase de investigación del delito y por otra tras la existencia de la condena.

El artículo 520 de la LECrim., incluye dentro de las obligaciones del abogado de la defensa la de informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten y en concreto las relativas a la toma de muestras de ADN, de conformidad con la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial <sup>93</sup>. Este precepto establece que si se opusiese a la toma de las muestras el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad <sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Donde más se ha dado esta conducta ha sido en los delitos contra la salud pública donde los Tribunales se han visto obligados a tener que absolver al entender que en ningún momento ha llegado a haber riesgo para el bien jurídico protegido.

<sup>93</sup> BOE Número 242 de 9 de octubre de 2007.

<sup>94</sup> El artículo 363 de la LECrim., tras la modificación operada por la LO 15/2003 de modificación del CP ya contenía la posibilidad de toma de muestras de ADN y en este sentido establece el precepto que no ha sufrido desde entonces modificación alguna que “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reco-

El párrafo segundo del artículo 363 de la LECrim, añadido por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, ya posibilitaba la toma de muestras de ADN “siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN”, pero este carácter de indispensabilidad absoluta, en la práctica de los análisis ya venía siendo un requisito en el párrafo primero del citado precepto. Por mucha utilidad práctica que tengan los bancos de datos de ADN de cara a investigaciones futuras, pienso que no pueden tener la consideración de “absolutamente indispensables” en concretos casos de investigación, como serían los supuestos de delito flagrante, por lo que pese al contenido de la norma procesal no necesariamente debe acordarse esta medida con carácter coercitivo.

Cuestión distinta es el nuevo artículo 129 bis del CP introducido por la LO 1/2015, el cual posibilita al juez o tribunal la condena de la consecuencia accesoria consistente en 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, de aquellos condenados, entre otros, por delitos contra la libertad o indemnidad sexual y cuando las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.

Sólo podrán realizarse los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo, pudiendo imponerse la ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad del condenado en aquellos casos en los que éste se opusiese a la toma de las muestras.

Quiero destacar que este precepto de carácter sustantivo se está refiriendo a los “condenados”, por lo que es distinto a las previsiones contenidas en la ley procesal que se están refiriendo en la fase de investigación y por tanto antes de que haya recaído una condena, posibilidad que la legislación procesal no contempla y que exige el doble requisito relativo a la gravedad y naturaleza del delito por una parte y por otra el riesgo de reiteración delictiva.

## 8. PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

Junto con las reformas encaminadas para el descubrimiento de los victimarios, se han producido otras dirigidas de forma más directa a la protección de las víctimas.

---

nocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Algunas medidas de protección futura ya se contemplaban en el CP y se han seguido manteniendo, así la posibilidad de imponer las penas accesorias de prohibición de residir en determinados lugares, de acercarse a ellos, de aproximarse o de comunicar con la víctima, que ya contemplaba el artículo 57, para los condenados, entre otros, a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, por un tiempo de hasta diez o cinco años más allá de la duración de la privativa de libertad según el delito fuere grave o menos grave.

En el nuevo régimen de sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a los ciudadanos extranjeros, se prevé que en los supuestos en los que el Tribunal aprecie la existencia de riesgo de que el extranjero condenado por uno de estos delitos pueda cometer otros de la misma naturaleza, pese al arraigo que ésta persona tenga, apreciado por la circunstancia de que hubiere residido en España durante más de diez años antes de la comisión del delito, se le puede sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional, artículo 89.4 del CP.

En el mismo sentido y con el fin de evitar que reincida en la comisión de este tipo de delitos, se establece que no pueden acceder al beneficio extraordinario de la libertad condicional antes de cumplir las tres cuartas partes de la privación de libertad, artículo 90.3 in fine, y para conseguir la rehabilitación durante el tiempo de libertad vigilada se le puede imponer la obligación de participar en programas formativos de educación sexual u otros similares, art. 106.1. j).

Sin duda mayor importancia ha tenido la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito <sup>95</sup>, una vez más como exigencia de la legislación de la Unión Europea. En España ya existía desde el año 1995 la Ley 35, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual <sup>96</sup>, que había sido objeto de desarrollo a través del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo por el que se aprobó el Reglamento de ayudas a estas víctimas <sup>97</sup>, pero al igual que otras leyes complementarias <sup>98</sup> protegían a determinadas clases de víctimas y de forma parcial, no existía un texto generalizado. Esta carencia, común a muchos países de la Unión Europea, fue analizada por el Informe de la Comisión de 2009 sobre la aplicación de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal <sup>99</sup>.

Más recientemente la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las

<sup>95</sup> BOE Número 101 de 28 de abril de 2015.

<sup>96</sup> BOE Número 296 de 12 de diciembre de 1995.

<sup>97</sup> BOE Número 126 de 27 de mayo de 1997.

<sup>98</sup> LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. BOE Número 15 de 17 de enero de 1996, LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre y L 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo. BOE Número 229 de 23 de septiembre.

<sup>99</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 22 de marzo de 2001. L 82/1.

Regiones de 18 de mayo de 2011 denominada “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea”<sup>100</sup> reitera los aspectos que merecen una regulación más profunda y las posteriores Directivas 2011/99/UE del Parlamento Europeo y de Consejo de 13 de diciembre de 2011<sup>101</sup>, sobre la Orden Europea de protección y la 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>102</sup> ponen de relieve las cuestiones pendientes de trasponer.

La nueva Ley pretende otorgar una especial protección a determinados colectivos de “especial vulnerabilidad” mediante la transposición de las Directivas 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<sup>103</sup> y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011<sup>104</sup>, 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<sup>105</sup>.

Es de destacar, por una parte la puntual modificación del apartado 2 del artículo 126 del CP, a través de la Disposición final segunda, la cual en la excepción de la prelación de pagos que efectúe el penado y el responsable civil subsidiario añade, equiparando a las costas del acusador privado las “procesales causadas a la víctima en los supuestos a que se refiere el artículo 14<sup>106</sup> de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito” y otras cuya finalidad es evitar la victimización secundaria y aquellas otras de protección “particularmente, las de menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil, víctimas de trata de seres humanos, personas con discapacidad”<sup>107</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

1. En términos generales se puede concluir que se ha producido un incremento de los medios de protección a las víctimas mediante la adopción

<sup>100</sup> (COM(2011) 274 final — no publicada en el Diario Oficial) Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52011\\_DC0274](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52011_DC0274).

<sup>101</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. L 338/2. 21 de diciembre de 2011.

<sup>102</sup> Diario Oficial Unión Europea. L 315/57. 14 de noviembre de 2011.

<sup>103</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. L 335/1. 17 de diciembre de 2011.

<sup>104</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. L 101/1. 15 de abril de 2011.

<sup>105</sup> Preámbulo 111 de la Ley 4/2015 de 27 de abril.

<sup>106</sup> “Reembolso de gastos. La víctima que haya participado en el proceso tendrá derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado, cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima”.

<sup>107</sup> Preámbulo VII de la Ley 4/2015 de 27 de abril.

de medidas que facilitan la prevención general y la especial a través de un incremento de penas y adopción de otras penas y medidas de seguridad tendientes a evitar la reincidencia.

2. Se produce igualmente un incremento de las personas de especial protección mediante la elevación de la edad de las víctimas de trece a dieciséis años, pasando a ser en nuestro derecho de una de las más bajas a una de las más altas de Europa.

3. La modificación no ha sido ajena a las nuevas figuras delictivas aparecidas con ocasión del desarrollo de la informática y así se concretan nuevas figuras delictivas que en algunos casos supone un adelantamiento de la barrera de protección.

4. En consonancia con la legislación europea se regulan en las normas procesales mecanismos para el descubrimiento y persecución de estos delitos mediante la figura del “agente encubierto” y se completan otras normas introducidas en el CP como son las tomas de muestras de ADN y la inclusión en la base de datos policial.

5. Se agota la persecución de los delitos alcanzando al decomiso de los beneficios que pudieren obtenerse mediante la comisión de la mayoría de estos delitos, cuando existan indicios objetivos fundados de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito.

6. Pese a lo anterior persisten y aparecen nuevas deficiencias técnicas inexplicables como la remisión del artículo 192.3 al capítulo V en su conjunto cuando la finalidad sólo es alcanzar a los artículos 188 y 189, u otras derivadas de una transcripción casi literal de la Directiva de la Unión Europea 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, que aparece desubicada de su lugar natural y mantiene una confusa redacción. En este mismo sentido las referencias a estos delitos en la legislación especial que generará problemas no resueltos por la legislación sobre competencia.