



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

EL DELITO DEL ARTÍCULO 183 BIS COMO FORMA DE CORRUPCIÓN DE MENORES

Alumno: Manuel Cuevas Rivera

Julio, 2019

1. INTRODUCCIÓN	4
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES	5
3. BIEN JURÍDICO.....	7
4. ELEMENTOS DEL TIPO: PARTE OBJETIVA.....	17
4.1. Conducta Típica	17
4.2. Sujetos.....	24
4.2.1. Sujeto activo.....	24
4.2.2. Sujeto pasivo.....	27
5. ELEMENTOS DEL TIPO: PARTE SUBJETIVA	33
6. ERROR DE PROHIBICIÓN	38
7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	40
8. ITER CRIMINIS.....	46
9. PROBLEMÁTICAS CONCURSALES.....	48
10. CONCLUSIONES.....	51
11. BIBLIOGRAFÍA.	52

RESUMEN/ABSTRACT.

Este trabajo tiene por estudio el análisis en profundidad de la figura de corrupción de menores, en un contexto en el que se intenta proteger al menor de edad en una sociedad cada vez más cambiante. La existencia de este delito no es reciente, e intentaremos, teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, profundizar en la finalidad del mismo en la actualidad, así como delimitar su contenido.

El avance legislativo, no lleva siempre consigo una perfección del Código Penal, pues tras las constantes reformas de este, y de todos los artículos similares han hecho también que su contenido se haya visto pisado en determinadas situaciones. Y es aquí donde encontraremos más problemas a la hora de analizarlo, pero intentaremos con este trabajo, por tanto, dilucidar de forma clara su contenido, finalidad y delimitación con otros delitos similares.

This study has for its study the in-depth analysis of the figure of corruption of under-age, in a context in which it tries to protect the minor in an increasingly changing society. The existence of this crime is not recent, we will try, taking into account their legislative history, to deepen the purpose of it at present, as well as to delimit its content.

Legislative progress, does not always lead to a perfection of the Criminal Code, because after the constant reforms of this, and all similar articles have also made their content has been stepped in certain situations. And this is where we will find more problems when analyzing it, but we will try with this study, therefore, to elucidate clearly its content, purpose and delimitation with other similar crimes.

1. INTRODUCCIÓN.

El concepto de corrupción de menores ha sido siempre muy problemático, por ser el término “*corrupción*” vago e impreciso con connotaciones moralizantes. Se ha afirmado que históricamente “*presenta un trasfondo moralizante, que, si en algún caso, pudiera tener como contrapunto un mayor afán de tutela, en otros no aparece acompañado de contrapeso tuitivo alguno y, en ocasiones, patentizan absurdos, sobre todo en punto a la protección de menores, a la par que propician preceptos de dudosa constitucionalidad*”¹, careciendo por tanto de una finalidad protectora objetiva. Según el diccionario de la Real Academia Española, era hasta la actual redacción legislativa –sig. Derecho– un “*delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas, o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad*” por el cual abarcaba de la misma manera y de forma muy amplia lo que se podía entender por corrupción de menores y sus manifestaciones, dejando una delicada línea divisoria con la propia prostitución. Podría definirse a modo introductorio como un estado en el que se ha deformado el sentido “sano” de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a captar como normal (para su propia conducta) la depravación de una actividad sexual respecto del menor. Según Soler, analizando el sistema penal español², afirma que es aquella acción que deja una huella psíquica profunda en la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la salud sexual desarrollada por la ley. La indeterminación del concepto a día de hoy es evidente, y la inseguridad jurídica que provoca es aún mayor.

Es por ello que para entender la razón del estudio de este concepto, acudiremos en primer lugar a las fuentes legislativas y doctrinales.

¹ Orts Berenguer, Enrique (2009) “*Algunas consideraciones sobre moral y derecho penal*”, ReCrim, ISSN 1989-6352, pág. 156. Disponible on ine: <https://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09n08.pdf>

² Soler, Sebastián (1992) “*Derecho Penal Argentino*”, Tomo III, pág. 330.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES.

El delito de corrupción propiamente dicho, ha estado presente desde el año 1822 en la legislación española. Desde ese momento, se iría produciendo una perfección en la conducta, pero también sobre quienes serían considerados autores, quienes eran los sujetos protegidos y que se protegía.

Lo que más destacaba en dicho proceso, fueron los cambios sobre las edades de las víctimas (por ejemplo la diferenciación entre menores de 20 años e impúberes en el CP de 1822, o la fijación de minoría de edad de 18 años en el CP de 1928), la adición de una finalidad sexual en la conducta del CP de 1848 (y que se heredaría en la redacción actual), o la consideración de autores (manteniendo la consideración de delito común, pero especificando en otras conductas derivadas penas específicas; como la posición de garante de los padres ante esta situación). Cabe destacar la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que produjo el mayor cambio; su introducción en el Título “*Delitos contra la libertad sexual*” y su perfección en el CP de 1995. Se dejaría atrás la defensa del bien jurídico de *honestidad*, para pasar al de *libertad sexual* y concretamente el de *indemnidad sexual*. Un cambio drástico que permitió a los jueces ser más objetivos, pero que produjo otro problema subsistente hasta día de hoy; intentar encuadrar en el plano psicológico un perjuicio en el desarrollo sexual del menor sin partir de cuestiones morales, pues la propia redacción de los artículos no establecía una definición clara de *corrupción*.³

Con el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del Código Penal⁴, se proporcionaba una definición auténtica de corrupción (art. 189 bis) como: “*a los mismos efectos, se considerarán actos de corrupción los actos encaminados a iniciar o mantener a los menores o incapaces en una vida sexual precoz o prematura, así como los actos de naturaleza sexual cuya intensidad, persistencia o continuidad pueden alterar el proceso normal de formación o desarrollo de la personalidad de aquellos.*” Con esta definición se pretendía

³ Con sentencias tales como STS, 16 de Septiembre de 1996, N° de recurso 54/1996, se intentarían de limitar este concepto: “*Aun cuando no se busque, directamente, la perversión sexual del sujeto pasivo, se consumaba anticipadamente la infracción en tanto que basta con que de la conducta del sujeto activo se derive o se pueda derivar, de forma natural, la corrupción del menor mediante la vida sexual prematura, envilecedora y degradante que con estos actos delictivos se producen.*”

⁴ Proyecto de Ley de modificación del Título VIII, Libro II remitido a la Mesa del Congreso el 13 de octubre de 1997.

castigar cualquier forma de iniciar al menor en el sexo, pero por desgracia no salió adelante por razones políticas.

Toda esta evolución, iría acompañada por otro lado de críticas, pues a más evolucionaba el Código Penal, más veían inaccesible su introducción ya que no dejaba de tener un trasfondo moralista que casi se forzaba por tal de incluirlo. Críticas que se incluirían incluso en la Reforma antes mencionada, a pesar de establecer una definición clara. Ejemplo de ello: Por un lado un portavoz de un partido político que alegaba que podía incluirse en muchas otras figuras ya establecidas, como la prostitución del menor, exhibicionismo,...⁵ Por otro lado, la propia doctrina criticaría el delito más duramente con las últimas redacciones. Por ejemplo, Buenestado Barroso consideraba que para saber si se perjudicaba la personalidad sexual, se debía realizar un seguimiento, ya que a priori era difícil establecerlo, siendo una introducción innecesaria que podía ser cubierto por otros tipos penales.⁶ O finalmente, Díez Ripolles, que consideraba que seguía protegiendo una moral sexual colectiva, mientras los otros delitos sexuales, iban evolucionando en una dirección opuesta.⁷

A día de hoy, y tras la última reforma penal, el delito de corrupción de menores en sí, se tipifica en el art. 183 bis sustituyendo el art. 189.4 del CP y por tanto, tipificándose en un Capítulo distinto.

Una conducta dirigida a hacer participar a un menor de 16 años pero mayor de 13 años (ya que si no alcanzaba dicha edad, entraría dentro del delito de abuso sexual) en un comportamiento sexual, y que de ello produjera un perjuicio para la evolución o el normal desarrollo sexual del menor siempre y cuando no hubiera ninguno de los elementos que permitiera apreciar las figuras de agresión o abuso sexual, exhibicionismo, provocación o favorecimiento de la prostitución; de modo que el campo de aplicación de dicha figura se haría de forma ínfima o residual.

⁵ Diario de sesiones del congreso de los diputados (12 de Febrero de 1998), sesión plenaria núm. 129. pg. 7037

⁶ Buenestado Barroso Jose Luis (2011) “*Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España*” Pg 141.

⁷ Morillas Fernández, David (2006) “*Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.*”. Parte segunda: Los delitos de pornografía infantil en la legislación española: Bien jurídico protegido.

Al menos, actualmente se han eliminado “teóricamente” algunas de tantas cuestiones discutibles sobre que un comportamiento de naturaleza sexual pueda afectar al desarrollo de la personalidad del menor y el desarrollo de su sexualidad en base a la moral.

Por tanto, con la redacción del artículo, nos encontramos ante un delito que suprimiendo al menor incapaz en su redacción, tipifica dos conductas en las que por un lado está determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aun sin participar el autor en ellos y por otro lado, en vez de hacerle presenciar o participar en un acto de naturaleza sexual, en presenciar un abuso sexual.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Caracterizar el bien jurídico protegido es un importante instrumento para interpretar el tipo penal así como el límite de su punibilidad. A la hora de atacar el bien jurídico, existen los delitos de lesión y de peligro. Por delitos de lesión entendemos como aquellos supuestos de comportamientos punibles que mediante la exteriorización de la voluntad menoscaban o destruyen un bien o valor penalmente tutelado. Y por otro lado, los delitos de peligro constituyen una situación real susceptible de provocar un mal abstracto, o concreto, para las personas que se tutelan, ya sean individuales o la propia sociedad en general.

Respecto a los delitos de peligro concreto, como es el caso que analizamos, suponen la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo, mientras que los de peligro abstracto son de mera actividad consumándose con la conducta riesgosa.⁸ La razón de tipificar este tipo de delitos donde no se produce la lesión efectiva, radica en la necesidad de avanzar la garantía punitiva (siempre dentro de la esfera del injusto típico) a un momento anterior al de la tendencia lesiva, precisamente por la

⁸ STS de 28 Ene. 1997, Rec. 201/1996 analizando la figura de su correspondiente regulación, entendía la corrupción de menores como un delito de mera actividad, que nos permitiría acotarlo incluso con la regulación actual “... se trata de un delito de mera actividad, de tendencia y no de resultado, no exigiendo un fin venal o lucrativo, ni la habitualidad de la conducta (...) se consuma desde el inicio de los actos que tienen potencialidad corruptora, sin necesidad de una pluralidad de acciones, de la oposición o consentimiento del menor, o de que se trate de satisfacer los propios deseos lascivos o los de un tercero; y la potencialidad corruptora de tales actos se mide por su aptitud para incidir o inferir en una formación de la personalidad del menor, comprometiendo al futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas precoces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas derivadas y perversas...” entendiendo la aptitud corruptora hacia el menor concreto como la razón de su peligrosidad.

puesta en peligro del mismo.⁹ Producir un adelantamiento de la tutela penal, conlleva a tener en cuenta el objeto del actuar típico, puesto que en las hipótesis delictivas de peligro, la mera puesta en peligro del bien jurídico excluye la tentativa, determinando la consumación del delito desde el momento que se realiza la puesta en peligro.¹⁰

En los delitos relativos a lo sexual, este tipo de delitos consideraban desde 1848 que el bien jurídico era la “*honestidad*”. Sería en la década de los ochenta cuando se abandonase esta concepción por un alto contenido moral o ético para contemplarse como “*la libertad sexual*” de la persona con el fin de proteger la libertad de decisión personal sobre la esfera sexual y no como una concepción moral acerca de la sexualidad.¹¹

Con esto se dejó atrás un concepto ambiguo, anacrónico e impreciso, que respondía más a un sentimiento de recato o pudor que dejaban mucho que desear de una sociedad con valores cada vez más plurales y democráticos. Así mismo, se procedió a una clasificación dentro del mismo para dividir aquellas personas que podían ejercer su libertad sexual o no, dando lugar en este último caso a la aparición de la indemnidad sexual.

El bien jurídico de la **indemnidad sexual**, también conocida como intangibilidad sexual se fundamenta en la protección que hace la propia ley sobre los individuos que están incapacitados para ejercer la libertad sexual, debido a que se hallan desamparados respecto del resto de las personas por determinadas circunstancias especiales, quedándose al margen de experiencias sexuales. Con ello, lo que se pretende por tanto, es evitar ataques violentos o intimidatorios hacia la sexualidad de los menores o satisfacer actos libidinosos o lúbricos de terceras personas, abusando de su situación impidiendo ser manejados como meros objetos sexuales.

⁹ Méndez Rodríguez, Cristina (2017) “*La deriva de los delitos de peligro en la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código penal: la equiparación punitiva de los delitos de peligro dolosos e imprudentes y de los delitos de resultado y peligro abstracto. Una forma de “solventar” la confusa interpretación y aplicación de los tipos penales de peligro.*” Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII. ISSN 1137-7550. Considera que al individualizar el bien jurídico en el caso tutelado por un juez, se configura más a una situación más cercana al peligro concreto para el bien jurídico que a la abstracta peligrosidad de la conducta a la hora de hablar de salud pública, equiparable al término de indemnidad sexual. Pg 498-502.

¹⁰ Mir Puig, Santiago (2015) “*Derecho Penal. Parte general*”. 10ª edición. Considera que en sentido estricto, no es necesario “*ni la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico... ni que se produzca ningún resultado separable espacio-temporalmente*” de la conducta. Pp. 230

¹¹ Concretamente fue con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio en el Título IX, del Libro II.

Al contrario que la libertad sexual, este bien jurídico no es objeto de duda y debate en este delito, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia lo abalan: En la libertad sexual se exige la voluntad consciente y responsable por parte del sujeto pasivo, pero en los menores al estar privados de sentido o razón de tener esa condición, le es inexistente o deficiente (dependerá de la opinión de cada autor), pero lo que sí es claro es que “*no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual*” al ser más vulnerables ante ataques sobre su autodeterminación sexual. En este sentido, para legitimar dicho argumento, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre 1989, obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas para proteger a los niños contra cualquier forma de explotación y abuso sexual. (arts. 19.1 y 34).¹²

Pero aun con el consenso mayoritario de aceptar dicha protección, no llegan a concretar de forma clara el concepto en sí, pues el legislador no llegó a definirlo, llegando a ser demasiado genérico y vago. Con este término solo se alude a la ausencia de todo daño sexual en relación con menores de edad, lo cual queda abierto a múltiples interpretaciones, incluyendo incluso la moralista. Es por ello que la jurisprudencia ha intentado delimitarlo: “*...la indemnidad sexual entendida como el derecho de menores y discapacitados a no verse involucrados en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, con el riesgo que esta involucración puede conllevar para la formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad...*”¹³

A pesar de lo comentado, debemos analizar también el bien jurídico de libertad sexual, pues conllevaría a una serie de problemas, tanto en la parte teórica como en la práctica. Más concretamente, es en el delito que estamos analizando, donde se produciría más controversia, puesto que incluso con la introducción de la indemnidad sexual, se mantendría un debate hasta día de hoy sobre su posible aplicación.

La **libertad sexual** podría definirse de forma genérica como “*la facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad*”. Por tanto, dicha facultad estaría

¹² Colina Oquendo, Pedro (2007) “*Código Penal: Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*” Pp 477

¹³ STS, sala de lo Penal, N° de recurso 608/2016, del 7 de Julio de 2016

compuesta por la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento su propio cuerpo.¹⁴

Tratándose de menores, no podría decirse en sentido estricto que deba ser objeto de protección, por no encontrarse en condiciones de ejercerla y al carecer de la capacidad suficiente para conocer y entender el significado de las relaciones sexuales^{15/16}. Autores como Aguado López consideran que en este delito se exige un perjuicio para la evolución de la personalidad del menor, siendo relevante no su limitación de libertad sexual sino el perjuicio psíquico del menor, ya que si no hay dicho perjuicio, la conducta sería atípica.¹⁷

Pero también nos encontramos otros autores, entre ellos Pastora García, que consideran que debido a la introducción del art. 183 quáter (un artículo sin una ubicación sistemática y concreta) nos hace pensar esta posibilidad, en la cual, el consentimiento del menor de 16 años es tomada en cuenta según determinadas circunstancias y por tanto, estos tienen libertad para decidir.¹⁸

Entre estos autores hay diversas opiniones para intentar cuadrar dicho bien junto a la indemnidad sexual de forma pacífica. Una de ellas es aquella que considera que si podría tener cavidad la libertad de un menor si consideramos que no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o dignidad del menor, expresado para su futura libertad sexual, de tal forma que se pretende garantizar al menor un correcto y adecuado

¹⁴ “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” Artículo de Derecho Penal (2013). Disponible on line: <https://www.iberley.es/temas/delitos-contra-libertad-indemnidad-sexual-47461>

¹⁵ Postura defendida por Antonia Monge “...*difícilmente se puede proteger aquello de lo que se carece. De ahí que, en estos casos, parece más correcto utilizar los términos indemnidad o intangibilidad sexuales...*”. Monge Fernández, Antonia (2010) “*El menor ante los abusos y agresiones sexuales.*” Anuario de Justicia de Menores, pg. 54-56

¹⁶ STS, 21 DE ABRIL DE 1995 consideraba que la agresión y abuso sexual protegían la libertad sexual del menor, mientras que en la corrupción de menores solo se protegía la indemnidad considerando cada delito como “*perfiles bien definidos entre sí*”.

¹⁷ López Aguado, Sara (2004) “IV. El bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica en el delito de corrupción de menores, 1.5. La libertad sexual de menores e incapaces.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

¹⁸ García Álvarez, Pastora (2015) “Capítulo 6: La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, Ap. 5 “Recapitulación y Valoración Final”, *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 1º Edición. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>

proceso de formación sexual de cara al futuro. Por tanto nos encontraríamos una vertiente que apoyaría la protección de la “*futura libertad sexual*” de forma *dependiente* a la indemnidad sexual. Es decir, es un término intermedio entre la completa protección y la libertad que tiene una persona para decidir sexualmente, teniendo un seguimiento concreto a cada caso.

En esta misma línea, algunos autores alegan además que si el legislador presumió la posibilidad de tener en cuenta la oposición del menor a realizar el acto sexual¹⁹, conlleva por tanto a una presunción de poseer libertad sexual correlativamente, ya que sería contradictorio en caso contrario decir que ostentan libertad sexual, pero igualmente que su consentimiento a efectos legales resulta irrelevante.

Hay por otro lado, otras dos vertientes interpretativas paralelas entre sí sobre este concepto:

- Por un lado la *vertiente positiva*, que considera la libre disposición por parte de la persona de sus propias potencialidades sexuales ya sea en el comportamiento particular como frente a los demás.
- Por otro lado una *vertiente negativa*, como un derecho que tiene la persona a no verse involucrada en un contexto sexual por otra persona sin su consentimiento (de tendencia defensiva) pues no es necesario concretar la libertad de obrar de una persona cuando es posible abarcarlo mediante delito de coacciones por ejemplo.

Díez Ripollés opina que ambos aspectos son tenidos en cuenta por el Derecho Penal, ya sea por su vertiente negativa (solo tipificando aquellas conductas en las que pueda verse lesionado el bien jurídico– en base al principio de intervención mínima-) como en su vertiente positiva (despenalizando aquellas conductas que no atenten contra este bien jurídico, en el sentido de la libre disposición del mismo, que en este caso podría considerarse como algo futuro).²⁰

Analizados dichos elementos propuestos por el autor, la unión de ambos elementos nos permite apreciar la libertad sexual en dicho delito y por tanto, respetando los ideales del Derecho Penal. Es decir, si analizamos dicho bien jurídico, tanto en su vertiente positiva como negativa, vemos que la opción conjunta, concede al menor la posibilidad de ejercer su libertad sexual (vertiente

¹⁹ “La presencia de consentimiento del menor determina que no pueda hablarse de agresión sino de posible abuso, o convierta en atípica la conducta, si el menor tiene más de dieciséis años (ampliándose si cumple los requisitos del art. 183 quáter) y no se abusa del trastorno mental del sujeto pasivo y no se le causa un perjuicio en la evolución o desarrollo de sus personalidades.” Ob. Cit “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”...

²⁰ Díez Ripollés, Jose Luis (2000) “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual” Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955. Pg. 69-75

positiva) siempre dentro de un límite de consentimiento, que en este caso debería ser analizado si es irrelevante o no en base a su madurez sexual (vertiente negativa) como ya vienen admitiendo jurisprudencialmente. Imagínese el caso de un menor de 15 años que accede y consiente a determinados actos sexuales; según el grado de madurez y de relación con el autor (gracias al art. 183 quáter), la autoridad puede determinar si puede afectar a su adecuada y correcta formación sexual o no (tutelándose su indemnidad, pero aun así dando un pequeño margen a la libertad al mismo).

Incluso algunas sentencias del TS defienden como bien jurídico la libertad sexual; entre ellas STS 1320/218 del 11 de Abril de 2018 *“...en la fecha de los hechos, (el menor de 12 años) marcaba la frontera para tipificar hechos que suponen un ataque a la libertad sexual del menor, pero cometidos sin violencia o intimidación.”*

Aún con estas opiniones favorables, se pondría más en tela de juicio apreciarlo, si dicho bien jurídico lo separamos de la indemnidad sexual y se configura como un bien jurídico autónomo en el delito. Concretamente debido a que el bien jurídico de indemnidad es el “nexo” que permite al sujeto pasivo ostentar dicha libertad en un futuro, es decir, protegemos su desarrollo sexual penalmente para que en un futuro pueda actuar libremente sin haberse visto perpetrada su sexualidad. Si separamos ambos conceptos y analizamos la libertad sexual desde la perspectiva presente, nos puede llevar a caer en el riesgo de erigirse como un concepto lleno de moralidad, inseguridad e imprecisión, en especial, a la hora de determinar cuándo un menor está capacitado para ejercer su sexualidad sin verse perjudicada. Imagínese un caso casi idéntico al mencionado anteriormente; un menor de 12 años donde da su consentimiento (válido, debido a su cercana madurez con el autor) sin coacciones, engaños,... por parte del autor, pero cuya mentalidad mediante informes, demuestra que no conocía el alcance que podría conllevar aceptar un acto sexual. Si se considerase la libertad sexual como el único bien jurídico dañado; la apreciación de que se haya producido o no, quedará al arbitrio del juez, pues su consentimiento puede no ser lo suficientemente maduro como para saber que lo hace con la suficiente “sensatez”. En estos casos, la defensa de dicho bien en el delito por parte de estos autores nos haría volver al pasado, donde predominaba la inseguridad y la moralidad.

Las diversas interpretaciones entre la doctrina e incluso entre los que defienden apreciarlo, muestran como dicho bien, a día de hoy, no es claro cuando hablamos de la madurez del menor y su consentimiento, debido sobre todo a la introducción del art. 183 quáter y su posible interpretación con la corrupción del menor. Pero gracias a su conexión con la indemnidad

sexual podríamos quizás aceptarlo dentro de unos límites, sin posibilidad de entrar en inseguridades y contradicciones teóricas.

Por otro lado, ha sido llegado a considerar un bien jurídico pluriofensivo, tanto en una dimensión individual (el menor directamente afectado por la conducta prohibida) como una colectiva: dignidad, moral sexual, e infancia (recogido expresamente en el art. 39.4 CE²¹). Un sector de la doctrina, con autores como García Canales, rechaza la dimensión de un bien jurídico colectivo en este ámbito, pues aceptar la afectación del mismo implica simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual y por tanto, innecesario.

Aquí, es donde nos encontramos con la problemática de considerar o no, los bienes jurídicos de **la dignidad y la moral sexual colectiva**. La dignidad suscita algunas dificultades debido a su indeterminación y vaguedad, siendo un elemento que cada vez se ha ido alejando del delito de corrupción y quedando más en el ámbito de prostitución del menor. Muestra clara de ello es la propia jurisprudencia, que aun con la última reforma, queda delimitada en la mayoría de los casos al art. 189 CP por una corrupción en su modalidad de prostitución. Pero no se llega a justificar de forma clara que la dignidad en una modalidad delictiva tan parecida a la prostitución hasta fecha reciente y con una redacción casi idéntica, lo deje atrás, no ya rechazándolo, sino directamente obviándolo a la hora de analizar el delito.²²

Quizás la razón de este silencio reciente se deba al entendimiento de dignidad como una tortura o trato degradante para poder encajarlo en una protección como bien jurídico quedando por tanto más acorde con las actividades de pornografía infantil.

Sentencias como Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, Sentencia 301/2018 de 29 Oct. 2018, Rec. 4/2017 romperían este silencio afirmando que “...*la dignidad humana no se lesiona por el mero hecho de que una persona se vuelva destinataria de medidas encaminadas a la persecución de delitos; sí en cambio, cuando el tipo de medida adoptada cuestiona de manera*

²¹ “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos que velan por sus derechos”. Lo que permite sostener la internacionalización de la protección de la infancia.

²² STS, sala de lo Penal, STS 2489/2012 del 3 de Abril de 2012 “No es otro que el de la indemnidad sexual -e incluso dignidad- de las menores, es decir su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual que, en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual.” Mostrando como tiene en cuenta no solo la libertad sexual, sino que incluso prevalece la protección del bien jurídico de la dignidad.

fundamental la condición de "sujeto" de la persona afectada...La protección abarca también la manifestación de sentimientos, manifestación de las experiencias del subconsciente así como formas de expresión de la sexualidad.” Por tanto, podía darse a entender, que no se quedaría solo en el ámbito de la pornografía, sino en todas sus manifestaciones.²³

Otra línea llega a afirmar que la dignidad no es ni tan siquiera un bien jurídico, sino más bien un atributo totalizador de todas las dimensiones de la persona humana y del que derivan los propios bienes jurídicos, evidenciando la escasa unidad interpretativa sobre el concepto. El TC identifica a la dignidad como *“un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión respecto de la vida de los demás.”*²⁴ Pero la razón de involucrarlo en este tipo de delitos, puede ser sostenida por la razón de que puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de concretos derechos fundamentales de forma subsidiaria.

Respecto a la moral sexual, en sentido estricto, se ha negado su protección, dejando atrás aquellas interpretaciones ambiguas de la primitiva redacción.

Ya en anteriores redacciones se criticó que incluso se planteara. Aguado López razonaba que debido a la Constitución, proteger la moral sexual discriminaría entre la moral mayoritaria y la minoritaria, y que en un Estado democrático y de derecho, no puede confundirse tampoco derecho y moral.²⁵ Incluso con las críticas a la anterior regulación, no es absoluta este abandono a día de hoy tanto en el Capítulo de abusos sexuales como en el de prostitución de menores, pues según la jurisprudencia puede haber en este tipo de delitos un daño moral, del cual debe ser resarcido y protegido. En palabras del TS *“en los delitos sexuales existe una presunción implícita de daños morales que no necesita de ulteriores explicaciones.”*²⁶ De cuya cuantía

²³ Más sentencias como la SAP de Murcia, Sección 2ª, Sentencia 103/2018 de 6 Mar. 2018, Rec. 80/2017, entendían que desde la perspectiva de su indemnidad sexual, determinadas prácticas pueden *“incidir nocivamente en la formación de su personalidad, no sólo en la Esfera sexual, sino en general.”* Es decir, perjudicando a cualquier desenvolvimiento personal del menor y por tanto, su dignidad.

²⁴ STC 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985)

²⁵ López Aguado, Sara (2004) “IV. El bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica en el delito de corrupción de menores, 1.6. La moral sexual como bien jurídico del delito de corrupción de menores. Problemas constitucionales.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

queda a la discrecionalidad del juez. Bien es cierto que la afectación a su indemnidad sexual²⁷ conlleva a unos daños ya sean físicos y/o psíquicos, de los cuales deben ser protegidos, pero ésta libre discrecionalidad muestra como en el fondo aquella valoración moralista en algunas sentencias no queda del todo abandonada a la hora de analizar la concurrencia de una corrupción.

Por otro lado, nos encontramos con el bien jurídico colectivo de la **infancia**, que al ser colectivo, según García Canales, viene a ser uno de los principios constitucionales protectores, necesitando de una concreción a través del debate público del derecho, pues un concepto jurídico indeterminado como este, ofrece un margen de apreciación muy alto e incluso impide enjuiciar un caso al ser tan abstracto. Dicho autor no llega a conclusiones certeras sobre ese debate público, dejando una puerta demasiado grande y genérica abierta sobre su apreciación.²⁸

29

La reciente jurisprudencia lo rechaza relativamente, cerrando así dicha puerta. Concretamente la STS, Sala de lo Penal, Sentencia 109/2017 de 22 Feb. 2017, Rec. 10439/2016 que intentó dilucidar si el bien jurídico que se tutelaba tanto en el art. 183 bis (actual 183 ter) como en el abuso sexual son iguales o si “*concorre algún otro bien jurídico a mayores que justifique la aplicación de ambos tipos penales.*” Destaca el fundamento jurídico 3º que dice lo siguiente tras analizar los bienes jurídicos de cada uno “*...En él se observa que la Audiencia, después de anunciar que han de aplicarse conjuntamente los dos delitos en liza previstos en los arts. 183 bis y 183 CP (...) en la sentencia recurrida no se entró a examinar la cuestión relativa a si nos hallamos ante un concurso real de delitos, como se entendió por el Tribunal, o ante un concurso de normas, en cuyo caso no cabía castigar por ambos tipos penales.*”

²⁷ Para algunas sentencias como la STS 422/2005, 4 De Abril de 2005 considera que no hay más daño que deba ser protegido que la libertad e indemnidad sexual (Fund. 3º)

²⁸ García Canales, Mariano (1989) “*Principios Generales y Principios Constitucionales*” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) pg. 145-149

²⁹ STC 5/1981, 13 De Febrero De 1981 afirmaba esta idea lingüística “*El derecho tiene su propia constelación de conceptos y la función del hermeneuta consiste en precisar el sentido jurídico de cada significante lingüístico, lo que debe hacer con mayor motivo cuando el término discutido ni es unívoco ni ofrece contornos de fácil intelección, como sucede, por ejemplo, con la palabra «ideario».*”

Para legitimar la aplicación de ambos delitos en concurso se aportaron criterios hermenéuticos en el sentido de que el precepto de cada uno tutela bienes colectivos o supraindividuales autónomos con respecto a los que puedan amparar el delito perpetrado (por tanto, intentar congeniar la indemnidad por un lado y la dignidad dañados por otro lado, al igual que en otros casos se intenta congeniar los bienes jurídicos de la vida y la salud individual). Defensa lógicamente generada por los problemas que surgían al intentar solucionar con artículos aplicables al caso tan similares entre sí intentando apelar a bienes supranacionales, determinando dicho Tribunal lo siguiente “...la aplicación de la cláusula concursal que recoge el propio art. 183 bis CP (actual 183 ter), si no queremos que se infrinja el principio non bis in ídem (art. 25 CE), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor....” Dejaba en el aire el aspecto de bienes jurídicos, intentando salvar la figura por el tipo de conductas, sin llegar a aclarar esos “otros bienes jurídicos” tales como los colectivos o supraindividuales.

Y finalmente, autores como De La Rosa, intentarían dilucidar la imprecisión de los Tribunales y otros autores, concluyendo que las últimas reformas sobre los tipos de delitos que analizamos abrazaban más a bienes jurídicos colectivos que individuales, siendo “perfectamente legítimos” pues al igual que hay una invocación al “derecho a la intimidad, propia imagen...” sería paradójico que aquellos que afectaran a la libertad sexual no fuesen defendidos, del mismo modo que la única diferencia que puede existir es la barrera de protección que se puede sostener, ya que la integridad sexual la gozan todos los individuos de la misma manera que los demás derechos.³⁰

Al igual que el bien jurídico de libertad sexual, los bienes jurídicos colectivos no estarían libres de debate como podemos apreciar, no llegando a conclusiones firmes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

³⁰ De la Rosa Cortina, José Miguel (2013) “Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual” Pg 18-19

4. ELEMENTOS DEL TIPO: PARTE OBJETIVA.

4.1.CONDUCTA TÍPICA.

Se trata de uno de los elementos más importantes del tipo, y por conducta debemos entenderlo en sentido amplio pues podemos encontrarnos modalidades omisivas o activas.

Que dicha conducta de corrupción haya desaparecido de su anterior Capítulo, no supuso ninguna despenalización de una conducta, pero la jurisprudencia había reiterado que en la mayor parte de las situaciones, incluso a día de hoy, podían o bien ser considerada como abuso sexual o como un delito relativo a la prostitución.³¹

Según las modalidades, la relación existente entre acción y objeto de la acción, se puede distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Los delitos de mera actividad, se caracterizan por la inexistencia de un resultado es decir, que la mera realización de la acción consuma el delito.

Sería la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo quien establecería una delimitación amplia como un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado sin necesidad de que se produzcan los efectos de la corrupción. Su trascendencia delictiva radica en que al iniciar al menor anticipadamente al sexo de manera “*evidentemente perversa*” se impide quizás que cuando alcance la plenitud de su personalidad pueda optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugieran ya que en la mayoría de los casos, la situación de superioridad supone un estado anímico de prevalencia sobre la víctima que viene a viciar el consentimiento prestado³², pero no expresado en ningún artículo expreso una agravación de la misma, salvo el art. 192 para determinadas personas.

La acción consiste en determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o presenciar actos de carácter sexual, aunque no

³¹ STS, 7 De Mayo de 1998, nº Recurso, 1185/1997. Fund. 4 “...puede ser perfectamente aplicable al delito de prostitución por el que se condenó al acusado en la sentencia objeto de impugnación, ya que (...) la argumentación en aquella resolución expuesta, es fácilmente aplicable al caso que aquí se examina dado que los elementos del tipo, los de la condena, están comprendidos en el de abuso sexual, y los injustos de ambos delitos son de evidente afinidad.”

³² STS 27 de Febrero de 1997, nº recurso 324/1996: “Lo importante es que esa prevalencia sea manifiesta y causalmente determinante del “favor sexual”” (Encabezado) repetida antes STC 225/1997, de 15 de diciembre “prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación” Fundamento jurídico 5.

participe en ellos, o presenciar abusos sexuales. Es un tipo básico de acción positiva y de mera actividad en el que se implica al menor en un acto de naturaleza sexual de forma significativa.

Mientras que en la anterior redacción debía producir un perjuicio para su evolución y desarrollo de la personalidad (delito de resultado), en la actualidad se eliminaría dicho requisito, pues no se puede saber con exactitud a priori si el comportamiento del autor perjudicará en la evolución sexual del menor como ya venían demandando diversas críticas. Habría que verificar que había un perjuicio con el paso del tiempo, cuyo origen era el comportamiento corruptor, sin que ninguna otra situación traumatizante pudiera ocasionarlo de igual forma. Siendo un elemento del tipo imposible de verificar en la práctica. Del mismo modo, que se añade en la nueva redacción un nuevo elemento de finalidad para todas sus conductas, que es el de requerir que el sujeto activo actúe “*con fines sexuales*.”

Por tanto como hemos mencionado, nos encontramos con 3 conductas:

El que con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual: Sin requerir ningún modo comisivo.

Esta primera conducta típica, coincide en parte con el anterior artículo 189.4 pero con perfiles novedosos:

Por un lado, el elemento de finalidad “*con fines sexuales*” antes mencionado. Con la introducción de este elemento, se recupera un elemento de dudoso acierto de ánimo libidinoso del autor, en especial, por su imprecisión para demostrarlo. La jurisprudencia prefiere basarse más en la protección de la posible lesividad del bien jurídico, que en esto, pues viene a reprimir “*motivaciones del autor*” basándose en “*criterios de índole moral o a valores como la honestidad*”.³³

Y por otro lado, el delito gravita sobre la conducta “*determinar a*” cuyo significado, en comparación con los demás elementos del tipo, dista mucho de ser accesible y determinado.

Con esta expresión se suprime “*hacer participar*” de la anterior regulación, para calmar las críticas. Pero autores como Ramos Vázquez consideraban que no ofrecía mayor concreción a la conducta, haciendo que extienda más aún el ámbito de aplicación. De hecho, no hay en el Código Penal una precisión de dicha palabra, pues en los casos que aparecen, va acompañado de alguna modalidad comisiva. Son los casos del art. 187.1 y 313 CP, en los cuales se exige un

³³ STS 147/2017 de 8 Mar. 2017, Rec. 1647/2016 y SAP Palencia, Sentencia 3/2019 de 30 Ene. 2019, Rec. 5/2018

plus al verbo “*determinar a*”: una conducta de engaño, violencia, intimidación,... El hecho de que dicho artículo tenga una redacción tan banal de *determinar da* a entender según José Antonio Ramos Vázquez que castiga sin más, el hecho de convencer a un menor de 16 años para que participe en un comportamiento de naturaleza sexual. Pero esto justificaría en cierto modo que dicha pena sea la menos grave de todos los contenidos en este Capítulo II *bis* del Título VIII del Libro II del CP.³⁴

En esta misma línea, la mayor parte de la jurisprudencia y doctrina (entre ellos David L. Morillas)³⁵ considera que una redacción de conducta tan banal, lo convierte en un tipo residual, pues la concreción de este tipo de conductas en otros delitos es evidente. Por ejemplo, si se hace participar al menor de edad en un acto sexual aun siendo menor de 16 años con violencia, entraría dentro del art. 183.2 CP, o si interviene el autor, estaremos ante un delito del art. 183.1 CP.

Pero para Ramos Vázquez, la dicción literal del art. 183 bis no impide apreciarla junto con las otras conductas, pues según este autor, se trata de un delito que exige que se haya producido efectivamente su participación en un comportamiento sexual, y no solo la toma de una resolución positiva a participar, al igual que en las otras figuras.

Ya Fernando Vázquez-Portomeñe, con la anterior redacción, defendió esa postura. Consideró que la simple o mera determinación, convencimiento o inducción al menor a participar no puede considerarse típica pues el tipo abarcaría demasiadas conductas. Pero iría más allá, alegando que solo podría castigarse aquella que perjudique, de un modo inmediato, la evolución o desarrollo de su personalidad, alterando el funcionamiento cognitivo o emocional del menor sobre la materia de sexualidad, produciendo una “sexuación traumática”, derivada de la realización de conductas e intereses de un adulto en su desarrollo sexual y provocando aprendizajes deformados.³⁶ La principal brecha que muestra esta postura, es la dificultad para

³⁴ Ramos Vázquez, José Antonio (2016) “Capítulo 3: El artículo 183bis: determinación a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual” *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

³⁵ Morillas Fernández, David L. (2015) “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid. Pág. 453.

³⁶ Lameiras Fernández, María y Orts Berenguer, Enrique (2014) “Capítulo 7. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores.” *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>

constatar que dicha actividad tenga potencialidad corruptora o sexual, así como tener gran similitud con la anterior redacción legislativa. Algo que Ramos Vázquez intentaría solucionar con una postura de efectiva participación sin entrar a valorar si se ha producido o no una alteración en su desarrollo personal y sexual.

Otra definición menos subjetiva, podríamos encontrarla en la RAE que define “*determinar*” (acepción quinta) como “*hacer tomar una resolución*”, en este caso, la de participar en un comportamiento de naturaleza sexual. Con este significado, volveríamos al mismo punto que Fernando Vazquez trató: Extenderíamos demasiado las posibles conductas que hicieran tomar dicha resolución del menor.³⁷ Aún con una pena no muy elevada, llevaríamos el poder punitivo hasta límites demasiados exagerados quizás. ¿Merece el mismo castigo, la persona que consigue que un menor acepte su proposición sabiendo que la conducta sexual no se realizará, que una persona que efectivamente le induce y le hace participar? Y más allá, ¿qué conducta puede ser considerada como determinante para que un menor acepte? Pues la interpretación de las palabras depende mucho de las circunstancias, y más aún del entendimiento del menor. Muchas hipótesis no aclaradas que muestran la inestabilidad de aceptarla como tal, siendo quizás la opinión de aceptar y realizar la efectiva participación como la opción que menos perjudique al reo a la hora de relacionarse con un menor.

Finalmente nos encontramos con la última parte de la conducta: *Participar en un comportamiento de naturaleza sexual*.

Un comportamiento de naturaleza sexual o actos de naturaleza sexual, son conceptos muy extensos que hasta día de hoy han sido interpretados de forma muy indeterminada.

Puede abarcar las distintas conductas sexuales reflejadas en el Código penal (exhibicionismo, pornografía, abuso o agresión sexual,...). Pero como se viene acotando, equivale a aquella conducta susceptible de estimular o saciar el apetito venéreo siempre y cuando no se ejerza violencia o intimidación, sin consentimiento del menor, entre otras. Pero todo ello sin olvidar que dicha conducta se ha convertido casi en una modalidad residual que no puede abarcar conductas tales como el exhibicionismo o pornografía ya que tienen sus propios tipos respectivos.

³⁷ Ramos Vázquez, José Antonio (2016) “Capítulo 3: El artículo 183bis: determinación...” ob. Cit.

Dicho todo esto, subsiste un último interrogante en la conducta: ¿podemos incluir en la esfera típica determinar a un menor a que se masturbe?

Ramos Vazquez niega incluirlo en el tipo, pues según él, “*participar*”, de acuerdo con la RAE, es “*tomar parte de algo*”, debiendo existir *otro* aparte del menor. Este otro debe ser siempre una persona distinta al sujeto activo, ya que, en caso contrario, estaríamos ante un delito del art. 183.1.³⁸ Postura defendida también por Gumersindo Guinarte que consideraba solo las conductas realizadas con el menor y las realizadas con un tercero, excluyendo “*aquellos supuestos en los que no intervenga ninguna otra persona al margen del menor*”.³⁹ Personalmente, eliminar dicha conducta, haría vaciar ya totalmente este delito. Si seguimos la misma línea interpretativa literal, *participar* conlleva a tomar parte de algo, por tanto, ese “*algo*” tiene entidad propia y se desarrolla por sí misma. Ese algo, deberíamos entenderlo como comportamiento sexual. Entonces, que un menor realice el acto sexual con otra persona no es punible pues no participa en *algo*, sino que es protagonista de la conducta, al igual que en una masturbación. Es decir, si negásemos la masturbación porque no participa sino que es el “autor” de la conducta, realizar el acto sexual con otra persona conlleva a no castigarse, pues no es participante tampoco, sino “autor” de un comportamiento sexual.

Además de la interpretación de la conducta, hay que destacar su pena, pues según esta, se castiga de forma mucho más leve que las incluidas en el art. 183; de modo que si se determina a un menor a realizar actos sexuales, hablaremos de una pena de entre 6 meses y 2 años, mientras que si se realiza dicho acto con el menor habrá un abuso sexual sobre un menor, con una pena de 2 a 6 años aun perjudicando el mismo bien jurídico. Como podemos observar, la línea divisoria entre presenciar y participar en el acto por parte del sujeto activo es muy distante a pesar de que en ambos casos el daño consecuente es idéntico; la indemnidad sexual del menor. Todo lo contrario ocurre cuando atendemos a la interpretación literal que mencionaba Ramos Vázquez cuando ocurren casos donde las conductas si son compatibles entre sí: la línea divisoria de conductas y sus penas, se convierte en algo muy estrecho. Aunque en la realidad, intentar entrelazar las conductas de este autor, produciría una continua contradicción.

³⁸ Ramos Vázquez, José Antonio (2016) “Capítulo 3: El artículo 183bis: determinación...” ob. Cit.

³⁹ Guinarte Cabada, Fernando Vázquez Portomeñe Seijas (2014) “Capítulo 7. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, Ap. 4.4. *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico jurídico y policial*. 1º Edición.

Hacer presenciar actos de carácter sexual⁴⁰: Una conducta muy cercana al exhibicionismo (art. 185), pues se produce un acto de exhibición obscena ante menores (en el caso de exhibicionismo de 18 años y en el caso de corrupción de 16 años) pero con penas relativamente parecidas.

Esta exhibición según la conducta típica, ha de hacerse de forma directa ante el menor (determinarle a presenciarlo) mientras, que en art. 185 debe ejecutarse sobre la otra persona, así evitamos chocar con la figura del art. 185; del mismo modo, para evitar la confrontación con el art. 186 (*“el que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad...”*) debemos entender que en ambos se produce una exhibición de material sexual pero en el caso del art. 186 no hay una participación del menor en dicha obscenidad.

Aún con esto, personalmente la lesividad de presenciar actos sexuales, según el art. 183 bis, me parece dudosa, pero autores como Pastora García Álvarez que ya estableció dicha diferencia con estos artículos, considera que sí se produce cuando pueda afectar al desarrollo de la sexualidad del menor en unas condiciones de normal desenvolvimiento del menor y siempre que sea una conducta suficientemente precisa.

Es aquí donde considero que hay que ser más cauteloso; esos conceptos de *“desarrollo de la sexualidad”* y *“normalidad”* pueden ser muy imprecisos a la hora de evaluar el posible daño que ocasiona en el proceso de formación sexual del menor por presenciar actos sexuales. Y más aún que justifique esa evaluación la auténtica lesividad. No todos los actos podemos considerarlo ni sexuales ni que tengan potencialidad corruptora y es aquí donde entrará la valoración del Juez, el cual, puede ser el más subjetivo dentro de esta conducta.

Imagínese el caso de un pedófilo, que se masturba o abusa de alguien delante de un menor, concretamente de un bebé de 2 meses. Evidentemente, esto si puede ser considerado como presenciar un acto sexual, pero la lesividad o puesta en peligro del bien jurídico es dudosa, ya

⁴⁰ STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 450/2018 de 10 Oct. 2018, Rec. 2547/2017 decía lo siguiente sobre hacer presenciar y hacer participar: *“dos conductas típicas previstas en el precepto que deben ser analizadas la una con la otra, de manera que el significado antijurídico de una sirve para indagar el contenido de la otra. La conducta típica es doble, o determinar a un menor a participar en un comportamiento de carácter sexual, o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor participe en ellos.”* Fund. Jurid. 2º

que el menor nunca recordará y no tiene como objeto el cuerpo de este, haciendo que la afección al desarrollo psicosexual sea nula.

Pastora García considera lo contrario, creyendo que en realidad, el legislador debió considerar esta conducta como la única conducta lesiva del artículo. Es decir, es la única conducta que puede afectar al desarrollo de la sexualidad del menor en condiciones de normalidad y “*es una conducta suficientemente precisa*”, pero que debido a que no se modificó el artículo 185 CP en la misma reforma, se solapaban en la mayoría de los casos. Tomaba una vía radical; o considerar que el artículo 183 bis tiene como destinatarios los menores de 16 años y el exhibicionismo de 18 años⁴¹; o mantener directamente el artículo 185 CP solo (que consideraba la más adecuada si consideramos que al artículo 183 bis CP le sería aplicable la excusa absolutoria prevista en el artículo 183 quáter).⁴²

Hacer presenciar abusos sexuales: Entrando en el último párrafo, nos encontramos hacer presenciar abusos sexuales (en su forma más amplia) y no actos de comportamiento sexual aunque no haya participado el autor (ya que en el caso de haber participado, responderá en base a su correspondiente delito). Y siguiendo con la misma dinámica que el anterior párrafo, ha de ser directa.

Para evitar la confrontación con la figura de los abusos sexuales, debemos entender que en el abuso, se requiere inexcusablemente actos de contacto físico o corporal entre el autor y la víctima, mientras que en este, basta con hacerlo presenciar dichos actos aunque no participe el autor. En este tipo, la delimitación es “clara” entre ambas, pues basta con que el comportamiento conlleve o no a realizar dicho acto de carácter sexual con el menor.

Por otro lado, en esta conducta, la pena aumenta considerablemente respecto al anterior párrafo. Pero el hecho de que su naturaleza jurídica sea de un abuso sexual, y no un comportamiento o acto de naturaleza sexual no explica una agravación penal, pues un menor puede confundir un

⁴¹ SAP de Lleida, Sección 1ª, Sentencia 424/2017 de 13 Nov. 2017, Rec. 1/2017. Incluso la jurisprudencia abalaba el art. 185 como delito residual.

⁴² García Álvarez, Pastora (2015) “Epígrafe 6: La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, Capítulo 4 “De los Delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 1ª Edición. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>

abuso con un acto meramente consentido y no delictivo (siempre y cuando no presente características impactantes y evidentes de abuso). Del mismo modo que extraña que se contemple como una modalidad agravada la observación de un abuso sexual, mientras que de una agresión sexual no, que es más grave si se dan los medios comisivos necesarios, así como tener más posibilidad de corromper la indemnidad del menor.

Ramos Álvarez va más allá del precepto literal, y considera que sí está incluida en el tipo por dos razones: la primera, para contribuir a mitigar las continuas irracionalidades que muestra en todo el Título y la segunda, porque considera que abuso es el *género* y la agresión sería la *especie*, pues ambas comparten artículo, con la única diferencia de violencia o intimidación.⁴³

4.2. SUJETOS.

4.2.1. Sujeto activo.

Este puede ser cualquier persona. Ya la jurisprudencia se había cuestionado con la anterior redacción si la expresión legal “*haga participar*” excluye o no del tipo, a quien realiza la acción sexual con el menor, sosteniéndose de modo mayoritario que comete el delito tanto, la persona que mantiene con el menor el comportamiento sexual, como el tercero que interviene a tal fin.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de Febrero de 2005⁴⁴ recopilando sentencias tales como STS 422/2005, 4 de Abril de 2005 Y STS 450/2018 de 10 Octubre 2018, Rec. 2547/2017 decía que “*en principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el art. 189.4 CP. El que realice una actividad de tercera respecto de la conducta típica prevista en el mismo.*” Pues no participar en el hecho de naturaleza sexual, es lo que le diferenciaba según algunas sentencias de la tipicidad del abuso sexual del art. 183 CP.

Con la actual redacción de la LO 1/2015, no podemos afirmar que estemos ante un delito de tercero en el que el autor permanece ajeno, siendo tercero solo respecto del desarrollo del hecho. La nota de no participación en el hecho de naturaleza sexual que establece el artículo es la que muchas sentencias consideran todavía como criterio diferenciador de la tipicidad que describe el art. 183 CP, pues, según esta interpretación, en el abuso sexual el sujeto activo participa en el hecho, y en la corrupción, se vendrían a penalizar exclusivamente actos

⁴³ Ramos Vázquez, José Antonio (2016) “Capítulo 3: El artículo 183bis: determinación...” ob. Cit.

⁴⁴ Gabinete Técnico. Sala de lo Penal (2000-2016) “*Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*”. Disponible on line: www.poderjudicial.es

preparatorios, como así avalan algunas sentencias. Ejemplo de ello; la STS 468/2017, 22 de Junio de 2017, nº de recurso 2145/2016.

Pero en mi opinión, no debemos extender esta concepción de participación del sujeto en el acto y acto preparatorio más allá de la diferenciación con el art. 183 en *determinados casos*, como por ejemplo, determinar a un menor a que le toque el pene, pues el acto en sí, tiene una naturaleza suficiente como para dañar el bien jurídico que tutela dicho artículo.

Esta idea personal es debida a que la actual redacción del art. 183 bis CP introduce una diferencia esencial respecto de su antecesor, el delito de corrupción de menores del antiguo art. 189.4 CP. Efectivamente, actualmente se matiza que los actos alternativos que tipifica, son relevantes "*aunque el autor no participe en ellos*", expresión que no se recogía en la regulación anterior y que, sin duda, permite considerar que podemos subsumir una conducta en el art. 183 bis CP aunque el autor sí participe en el comportamiento sexual al que ha determinado al menor. Conforme a esta idea, la modalidad de determinar al menor a este tipo de comportamiento ya no puede concebirse como un delito de tercero pues hace una referencia expresa de "*aunque*", siendo perfectamente posible su aplicación a supuestos de participación, así como tampoco me cabría afirmar que sea necesario decir que estemos ante actos preparatorios de una conducta de futuro en general, pues, con independencia de que estos supuestos futuros puedan ser sancionados, podemos entender o que la conducta se consuma con la realización del verbo que define la acción del tipo, "*determinar*", o que estemos ante una forma imperfecta de ejecución. De hecho, no debemos olvidar que dicha figura en su consumación tampoco excluye otro delito de forma conjunta cuando la determinación va seguida de algún comportamiento sexual en el que interviene de forma efectiva el menor (por ejemplo, corrupción de menores en concurso con posteriores comportamientos exhibicionistas), pero siempre que dicho acto, por su naturaleza, no sea subsumible en la otra conducta tipificada. Por ejemplo; caso de contacto corporal, tocamientos o manifestaciones sexuales que evidencian una entidad de superior trascendencia y subsumibles en el art. 183.1⁴⁵.

Pero precisamente, la inexistencia de contactos o tocamientos o de otras manifestaciones externas de contenido sexual por parte del sujeto activo que puedan producir la suficiente trascendencia penal (un contacto corporal sin ninguna apariencia sexual con el menor para animarle a participar), nos impide aplicar el tipo propio del art. 183.1 CP pero sí el de

⁴⁵ SAP de Palencia, Sentencia 3/2019 de 30 de Enero de 2019, Rec. 5/2018

corrupción de menores, sin necesidad de tener que considerarlo como un acto preparatorio al abuso.⁴⁶

Por otro lado, Aguado López considera además sujeto activo tanto a los mayores como a los menores de edad. En primer lugar, la redacción del artículo (tanto la anterior como la actual) no establece ningún tipo de límite por razón de edad (a diferencia de lo que sucede con el sujeto pasivo). En segundo lugar, el bien jurídico de este delito, se centra en hacer participar o determinar con la actual redacción a un menor de edad en un comportamiento sexual y esto lo puede hacer tanto una persona mayor, como menor de edad. Y finalmente desde un punto de vista sistemático, este delito coincide con el resto de delitos contra la libertad sexual, y por tanto es “*absurdo*” afirmar que un menor de edad puede violar, abusar,... y no pueda cometer un delito de corrupción de menores. Eso sí, dicho menor, responderá desde los 14 años, en base a la Ley penal del menor.⁴⁷ Personalmente, considero que esta opinión es aceptable, por el mero hecho de que si aceptamos que el consentimiento de un menor pueda tener validez para tener relaciones sexuales, también debería tenerse en cuenta aquel que lo realiza con finalidades delictivas, así como estar respetando su correspondiente normativa.

Y finalmente debemos hablar de los casos en los que dicho sujeto activo tenga alteraciones o anomalías psíquicas a la hora de realizar dicha conducta. El artículo 20.3 CP establece la exención de responsabilidad criminal al que “*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”. Si dicha perturbación no es plena sino parcial, la imputabilidad no quedará anulada completamente, pero sí disminuida, tratándolo como una eximente incompleta o una circunstancia atenuante del art. 21.

La SAP de Vizcaya Sección 2ª, Sentencia 17/2017 de 7 Abr. 2017, Rec. 59/2015 a la hora de considerar su disminución psicológica tuvo en cuenta el informe pericial médico forense y las conversaciones de Whatsapp con el menor determinaron que era un “*retraso leve*” y que por

⁴⁶ La SAP de Palencia, Sentencia 3/2019 de 30 Ene. 2019, Rec. 5/2018 nos habla de esto; considera que la conducta del autor (un contacto corporal con la menor) carecía de “*especial gravedad o trascendencia dado su carácter fugaz y puntual...*” Para poder considerarlo como abuso sexual.

⁴⁷ López Aguado, Sara (2004) “V. Sujeto activo y pasivo.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

tanto podía tener conocimiento y conciencia del hecho. Por tanto, la alteración psicológica que atenúe la responsabilidad no es apreciada muy frecuentemente.

Caso a tener en cuenta es el de la “*pedofilia*”. En una reciente sentencia, se alegó trastorno psicológico con características de “*pedofilia*”. La jurisprudencia consideraba, que en base a la psiquiatría es un trastorno o perversión sexual, pero que en líneas generales, los sujetos afectados por los mismos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas, siendo solo en casos graves, una conducta asociada con trastornos psíquicos relevantes como el alcoholismo. Por tanto “*la pedofilia no afecta a la capacidad de voluntad y entendimiento con transcendencia en la imputabilidad del sujeto activo si no aparece asociada a otra anomalía o trastorno psíquicos.*”⁴⁸

Podemos deducir finalmente que este delito considera sujeto activo a aquel que determine a participar a un menor, tanto si no participa en el acto de naturaleza sexual como si lo hace, siempre y cuando carezca de especial transcendencia como para poder subsumirlo en otro tipo de conducta penal y no presente unas anomalías psíquicas que alteren su responsabilidad.

4.2.2. Sujeto pasivo

En el ámbito jurídico-penal entendemos por sujeto pasivo al titular del bien jurídico protegido (ya sea lesionado o puesto en peligro en este caso) a la hora de realizarse por parte del sujeto activo la conducta típica.

En este caso, tanto en el art. 183 bis como en el art. 189 identifican de forma expresa en su enunciado al sujeto pasivo: los menores de edad, al contrario que otras tipologías delictivas que no se expresan de forma clara. En el art. 183 bis, está constituido por menores de 16 años de edad (quedando las personas de 16 y 17 años fuera de delito).

Bien es cierto que podría entrar en contradicción el concepto de menor de 16 años del art. 183 bis con la Directiva 2011/93UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, pues en su artículo 2 a) define “*menor*” como “*toda persona menor de 18 años*”. Dicha directiva, como bien dice en su artículo 1 establece “*normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil*

⁴⁸ STS 151/2019 de 21 Marzo de 2019, Rec. 826/2018

y el embaucamiento de menores con fines sexuales.” En un sentido estricto, podríamos considerar que dicha protección que persigue la directiva para estos delitos, es más amplio que de la propia norma nacional que lo protege en este caso hasta los 16 años.

No solo choca con la normativa internacional, sino que en el propio Código Penal, veríamos como esa definición de menores de 16 años provocaría problemas a la hora de compararla con la pornografía infantil (menores de 18 años). ¿Cuál es la justificación de una mayor preocupación por contenidos pornográficos y no por presenciar conductas de contenido sexual e incluso abusos sexuales? Una de las cuestiones que derivan a la hora de comparar dichos artículos, y que no llega a ser objeto de justificación por parte del legislador, provocando que al ser conductas tan parecidas pero con penas distintas, nos encontremos con una mayor discrecionalidad del juzgador y de inseguridad jurídica.

Conocida la edad máxima que protege la norma, con sus respectivas injustificaciones por parte del legislador, debemos considerar si hay edad mínima de protección.

La jurisprudencia del antiguo art. 452 bis b) 1º (que preveía la corrupción de menores) no distinguía ningún tramo de edad por debajo de los 18 años, y cuando se producía por debajo de los 13 años, podría aplicarse igualmente si no tenía las características de violación del art. 430 CP o estupro del art. 436 CP. Ejemplo de ello SAP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 60/1998 del 10 de Febrero que consideró un delito continuado de corrupción sobre los actos realizados hacia un menor de 11 años. En aquel momento, la opción de delito de corrupción de menores del art. 452 bis b)1º no era tan traumática, ya que la pena de este delito era incluso un poco más alta (prisión menor en los grados medio y máximo, multa e inhabilitación) que la de las agresiones vinculadas a la violación (prisión menor) y al estupro (pena de multa de 100000 a 1 millón de ptas.)

Con la reforma de 1999, se consideraría a partir de los 13 años ya que si era una edad inferior, se calificaría como abuso sexual. Para Aguado López, establecer la edad mínima de 13 años permitiría darle un límite claro al delito, del mismo modo que no variaría de contenido el delito de abuso sexual del art. 181.2 CP de aquella redacción.⁴⁹

⁴⁹ López Aguado, Sara (2004) “V. Sujeto activo y pasivo.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3).*

Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

Actualmente no nos encontramos ante ninguna limitación de edad mínima para considerarle sujeto pasivo o no, ya que la naturaleza del abuso sexual es distinta a la de este artículo discrepando así con la anterior interpretación que podía dar el artículo precedente. Es decir, siguiendo la estricta interpretación del artículo, sólo podrá castigarse cuando se determine al menor. Y para que un menor pueda tomar una decisión, nos deberemos remontar hasta la edad, en la que pueda exteriorizar un deseo incluso, ya sea desde que comience a hablar, o sea capaz de realizar cualquier expresión que pueda entender el Tribunal como “*determinar*”.

De igual forma, debemos hacer una pequeña mención a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Ya que estaba definido en el art. 25 CP fue suplantado con la LO 1/2015 en la redacción del art. 183 bis dando paso a dos posibilidades:

- 1) Que exista sentencia penal judicial que declare la incapacidad del sujeto en cuyo caso no existirá ninguna duda sobre su carácter de sujeto pasivo de esta tipología.
- 2) Si no existe una sentencia judicial que así lo declare, que el sujeto requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica o intereses, a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. En este caso se deberá determinar pericialmente la existencia de tal circunstancia, procediendo a estimarse o no el estado de incapacidad a efectos penales.⁵⁰

Conforme a esta redacción, no serían pocas las sentencias que aun así no dejaran de forma clara ni este concepto; la STS 608/2016, 7 De Julio de 2016, decía que aun siendo menor de 16 años, al analizar si se podía aplicar el delito de abuso sexual y/o corrupción, había constantes referencias a su situación de incapacidad psicológica y no al mero hecho de ser menor de edad. No hubiese sido un error a efectos prácticos, mantener dicha redacción pues en sentencias tales como la SAP Jaén (Sección 2ª), sentencia núm. 30/2001 de 19 noviembre permitían fundamentar el castigo de forma más clarividente a la hora de prestar consentimiento y el posible abuso de superioridad y confianza; *“la víctima incapaz de prestar un consentimiento verdadero y libre (...) por no ser capaz de conocer y comprender no puede considerarse libre ejercicio de su autodeterminación y libertad sexual.”*

⁵⁰ STS 456/2000, de 21 de marzo (RJ2000/1479) “...más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluía la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual...”

Otra cuestión derivada a la hora de analizar al sujeto pasivo es si debemos tener o no en cuenta el **consentimiento** del menor de edad para participar en dichos actos. Ya que este es uno de los que provocan más fricciones entre la libertad sobre la sexualidad de una persona y el propio esquema que intentó establecer el legislador sobre el mismo.

Con la reforma de la LO 1/2015 se plasmó la Directiva 2011/93UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y el Convenio de Lanzarote, 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, ratificado por España el 22 de Julio de 2010, publicado en el BOE de 12 de Noviembre de 2010. Dicha Directiva venía a definir la “*edad de consentimiento sexual*” en su artículo 2.b) como “*la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*”. La razón de tener en cuenta dicha Directiva en la Reforma, era debido a la necesidad de establecer (al igual que los demás países europeos) un límite de edad. Siendo el referente internacional, como el que más atrajese al legislador en este tipo de delitos. Con la reforma de la LO 11/1999, de 30 de Abril, en su art. 181 CP se establecería el límite de edad de consentimiento de 13 años. Era la edad más baja de toda la UE, contemplando otros países la edad de 14 años (Italia, Bélgica,...) en adelante.⁵¹ Con el Comité de los Derechos del Niño (2007) se recomendó “*la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo*”. Se podría decir, que esta insistencia internacional fue la que nos hizo establecer una cláusula de exención de la responsabilidad, debido a que al aumentar la edad de consentimiento de 13 años a 16 años en la Reforma, aumentaría el número de menores que delinquirían, y con dicha cláusula se daría relevancia al consentimiento del menor, como ya sugirió el Consejo Fiscal.⁵²

Dicha cláusula de exoneración fue abalada por el Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 (consideró que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por tanto no debería sancionarse) y la Circular

⁵¹ Figueroa Navarro, Carmen y Cámara Arrollo, Sergio (2017) “Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Pp. 529-533.

⁵² Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal (2013) pp. 174-176.

9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores (evitaría la punición indiscriminada de conductas que aun siendo peligrosas no ponen en peligro el bien jurídico protegido). Por tanto, el legislador reflejó en el art. 183 quáter CP la posibilidad de tener en cuenta el consentimiento de un menor de 16 años en este tipo de delitos si hay un grado de madurez cercano entre ambos.

Lo que no previnieron dichos Informes, Circulares, Reformas,... fueron las consecuencias prácticas. La STS 1001/2016, 18 de Enero de 2017, SAP de Burgos 105/2019 de 3 de Abril 2019, entre otras, ven fallas a esta decisión cuando hablamos de corrupción del menor “...no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre.” Del mismo modo que sentencias como STS 1001/2016 de 18 Ene. 2017, Rec. 1134/2016 intentarían delimitarlo alegando que la diferencia de edad en el caso juzgado entre el autor y la víctima era de 46 y 11 años respectivamente, era insostenible para considerar que el consentimiento de la menor estaba prestado libremente. O más concretamente la STS nº 782/2016, de 19 de octubre, Rec. 10413/2016 que consideraba que las relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14 respectivamente, eran unas edades de diferencias “*abultadas*”.

Cuando hablamos de consentimiento del menor en el art. 183 bis, vemos como tenemos que ponerlo en relación con dicho artículo. Un artículo que incluso como dice la jurisprudencia, no produce más que inseguridad al quedar al arbitrio del juez el considerar si una edad es más o menos válida para prestar consentimiento.

La calificación internacional de un consentimiento permitido a una persona mayor de 16 años, me parece correcta, pues la prematura adopción que puede tener un chico de 15 años sobre actos sexuales sin tener el suficiente conocimiento puede acarrear consecuencias irreversibles. Pero me parece muy poco objetivo por parte del legislador español que considerar que por el mero hecho de unas edades y capacidades cercanas entre sí, puedan impedir que se pueda corromper a un menor.

Si ya de por sí, la validez del consentimiento de un chico de 15 años (del cual puede no saber lo que es de verdad un acto sexual hasta que lo realiza) puede poner en peligro un bien jurídico tan importante como lo es la indemnidad del menor, no llega a comprender como el legislador pone en manos del autor su protección, por el mero hecho de que actúan con edades cercanas. Quizás para calmar la opinión social con una posición cada vez más liberal, no llegó a tener en cuenta que la indemnidad que intentaba proteger la legislación internacional, ponía en peligro

por la esperanza de que al ser edades y madurez parecidas no habría problema, pero se le olvidó lo que se debe proteger por encima de todo; su indemnidad sexual. Creo que el legislador tuvo que haber hecho 3 posibles cosas: Primero, dejar de lado nuestra antecesora idea del consentimiento de 13 años que intentó proteger de alguna forma. Segundo, al menos redactar más específicamente que edad era la mínima para tener en cuenta el consentimiento; tanto para los casos generales como en las excepciones. O tercero, incluir *abuso o aprovechamiento* por parte del causante, para dejar de forma clara que está realizando una acción corruptiva del menor.

Otra cuestión que nos puede surgir sobre el consentimiento es ¿Qué ocurre cuando el menor de edad tiene una edad mental superior a esa edad; es decir, que edad debe privilegiarse, la edad física o la mental? En el caso de considerarse mental, no podríamos encontrar una acción de delito, pues no afecta al bien jurídico protegido, que en este caso es la indemnidad sexual, pues no sufre interferencias por parte de un tercero sobre el bienestar psíquico y, al adecuado proceso de formación sexual sobre el menor, pues mentalmente ya habría alcanzado la correcta afirmación y desarrollo de su personalidad (siempre presuponiendo que tuvo capacidad de elegir libremente sus acciones, cosa que es muy difícil de probar). Si considerásemos la edad física (algo claro y determinado legislativamente), produciría una contradicción con el artículo 183 quáter, ya que fue creada principalmente por esta razón.

Como vemos, el art. 183 quáter pretendía por tanto ser la tirita de uno de los agujeros de un delito siempre cuestionado como lo es la corrupción de menores, pero que no se convierte más que en otro problema cuando hablamos del consentimiento de un menor.

Pero los problemas del consentimiento no quedarían solo en si aceptar o no la del menor de 16 años. Incluso para justificar lo que se supone que está claro (la del mayor de 16 años) no nos saca del limbo de la seguridad. Es irónico que a la hora de hablar de una persona de 17 años (aun siendo menor de edad) pueda prestar su consentimiento y un menor de 16 años no solo en determinadas situaciones. No queda clara esta justificación de cuando consideramos que puede perjudicar a su indemnidad sexual en una diferencia de edad tan ínfima, del mismo modo que resulta también irónico que siendo edades tan cercanas en el tiempo tengan figuras delictivas distintas aun pudiendo ser las mismas actividades delictivas y el mismo bien jurídico (por ejemplo, exhibicionismo del art. 185 CP donde habrá delito incluso con la edad de 17 años).

Personalmente, si tuviese que criticar algo de la decisión internacional (a pesar de que a rasgos generales me parece correcta) es que la mera capacidad que tiene un menor de 17 años a

diferencia de uno de 16 años sigue siendo muy parecida y en muchos casos hay menores con la insuficiente capacidad para decidir (pues hay una reciente tendencia social a realizar actos de naturaleza sexual en edades más tempranas), siendo muy difícil tener unos criterios objetivos de esa “*madurez mental*” y pudiendo dañar igualmente su indemnidad sexual y su futura libertad sexual.

Por tanto, el consentimiento del sujeto pasivo nos permitiría librar de castigo al sujeto activo, pero como vemos, incluso con expresar en el artículo que será delito cuando se realice “*con menores de 16 años*”, o que se establezca la edad mínima de consentimiento por encima de los 16 años, seguiremos en un limbo judicial en muchos casos.

5. ELEMENTOS DEL TIPO: PARTE SUBJETIVA

El tipo en general, requiere que la conducta se haya realizado por dolo o imprudencia. La naturaleza del artículo nos hace descartar la posibilidad de la imprudencia.⁵³ Siendo por tanto, una conducta que se castiga solo si se ha actuado dolosamente.

A la hora de hablar de dolo, debemos tener en cuenta que hablamos de uno de los elementos que integran la culpabilidad compuesto por:

- a) Un elemento intelectual, por el cual el agente posee un conocimiento actual de los hechos que constituyen la infracción criminal, sus circunstancias, el resultado típico, el nexo causal, así como de la significación antijurídica, material, pero no formal, de su comportamiento.
- b) Un elemento volitivo, basado en el querer de los resultados perseguidos directamente, ligados necesariamente a la acción realizada o al resultado propuesto, así como aquellos representados como de probable consecuencia, sin ser directamente queridos, se aceptan para el caso de que se originen.⁵⁴

Con la anterior regulación, el adulto debía conocer y querer que su conducta típica perjudicase la personalidad futura de la víctima. Esto es, el conocimiento y la voluntad debían abarcar la trascendencia de su actuar, no siendo suficiente con que el sujeto activo quisiera involucrar al

⁵³ En el art. 12 CP señala expresamente que tanto las omisiones como las acciones solo serán castigadas si expresamente lo establece la ley previamente. Por tanto nos encontramos ante un *numerus clausus* a la hora de determinar si un hecho imprudente es típico o atípico y en cuyo artículo no aparece establecido.

⁵⁴ Mir Puig, Santiago (2015) “*Derecho Penal. Parte general*”. 10ª edición. Pg 266-270

menor o incapaz en un contexto sexual. En cuanto a la posibilidad de aceptar el dolo eventual, no existía inconveniente legal en aquellos casos en que el adulto, viéndose como probable el perjuicio aún sin querer que directamente su actuación desemboque en la corrupción, lo produzca, dado el alto grado de probabilidad que existe de su producción.⁵⁵ Es decir, debíamos analizar caso por caso las posibles conductas que pudieran perjudicar al menor con el añadido de la posible *previsibilidad* o *probabilidad* del autor.⁵⁶ Un delito que ya de por sí analizaba *a priori* una situación futura (el futuro desarrollo del menor), debía analizar además en algunos casos si el autor buscaba como *posible* su perjuicio su relación con el menor. La propia redacción mostraba como la poca objetivación y firmeza a la hora de detectar la conducta serían los que desembocasen en otra modificación en el aspecto del dolo.

Con la actual redacción, el autor debe realizar la acción “*con fines sexuales*”. Por tanto, debe tener conocimiento y voluntad de realizar los actos de entidad corruptora o de facilitarlos por su actuación, admitiéndose así el dolo nuevamente. No obstante, no está clara la aceptación del dolo eventual con esta redacción. Por un lado nos encontramos la posibilidad de considerar que no es aceptable el dolo eventual cuando hablamos del aspecto de la minoría de edad (uno de los más polémicos con la anterior redacción), pues el tipo debe abarcar la conciencia en la intención de realizar una conducta que es la de satisfacer las pretensiones sexuales y que inspira la conducta típica dolosa independientemente de la edad.⁵⁷ Por tanto, la única posibilidad de apreciar el dolo eventual sería debido al término “*con fines sexuales*”.

Por otro lado nos encontramos un sector mayoritario que considera que dicha posibilidad si es aceptable a la hora de determinar el elemento de la minoría de edad. Concretamente el *ATS 797/2017, 18 de Mayo de 2017* consideraba que si el autor desconoce los elementos del tipo, se puede dudar al aplicar la imputación subjetiva, pero la pasividad del sujeto activo para

⁵⁵ Pérez Cepeda, Ana Isabel (2001) “Un ejemplo más del derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores.” “Ap. 5.4. d) Tipo subjetivo”. *Artículo de Derecho Penal*.

Disponible online: <https://laleydigital.laley.es/avalos.ujae.es>

⁵⁶ Aguado López considera que para apreciar el dolo eventual “*basta con que el sujeto activo se represente como probabilidad la producción del resultado de perjuicio para el menor o incapaz y lo acepte*”. López Aguado, Sara (2004) “VII. Culpabilidad.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

⁵⁷ “STS 1553/2000, 10 de Octubre de 2000: *El tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concorra dolo o voluntad en la actuación cualquiera sea la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo*”

conocer la edad, seguida de su actuación no puede considerarse ni siquiera *error* pues con la actuación que realiza, le es indiferente e ignora si tiene minoría o no de edad y por tanto actúa con dolo eventual. Con sentencias como esta, vemos como el elemento de la minoría de edad son claves para determinar si hay dolo eventual. Y en palabras del Tribunal *“el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción.”*⁵⁸

A la hora de hablar de dolo, como se ha mencionado en la anterior sentencia, nos podemos encontrar además del dolo eventual, con otra posibilidad; el **error en la conducta**. El error es por definición, desacierto sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que nos permiten conocer la existencia de la realización del tipo. Por tanto, es la falta de representación, desconocimiento o representación equivocada de todos o alguno de los hechos que constituyen el tipo realizado o de su significación antijurídica.

Concretamente, nos podemos encontrar con el error de tipo, que concurre cuando el autor ha actuado con desconocimiento de los elementos del tipo objetivo (ya sea sobre los hechos básicos del tipo o sobre circunstancias agravantes o atenuantes). Dicho error, por tanto, excluye tanto el dolo directo como el eventual por desconocer la ilicitud de su hecho pues actúa sin saber lo que está haciendo.

En materia de corrupción de menores, el principal error que suele ocurrir a la hora de analizar el tipo penal, es la edad de la víctima, es decir, que el sujeto activo que realiza alguna de las conductas del tipo tiene el convencimiento de que el sujeto pasivo es mayor de edad. En estos casos podríamos encontrarnos, según el art. 14 CP ante un error invencible (excluyendo responsabilidad penal) o ante un error vencible (siendo no punible el tipo, al no estar prevista la forma culposa).

La posibilidad de justificar este error ante un Tribunal es muy difícil pues el juzgador no tiene criterios objetivos para establecer si podía haber sido inducido a error el autor de forma clara.

⁵⁸ Otras sentencias como STS 2076/2002, 23 DE ENERO DE 2003// SAP Castellón, Sección 1ª, Sentencia 301/2018 de 29 Oct. 2018, Rec. 4/2017// STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 159/2005 de 11 Feb. 2005, Rec. 1526/2003

Más difícil de justificar son los casos de error invencible pues conlleva a que el autor en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podía haber averiguado la edad, pues en la realidad hay muchas evidencias en torno al sujeto pasivo para poder comprobarlas. Por lo general, ninguna defensa desde la reforma ha intentado acudir a este aspecto y cuando se ha hecho, suele encontrarse con rechazo por parte del Tribunal por deducciones lógicas de que se podía haber averiguado. Prueba de ello son sentencias como SAP de Málaga Sección 7ª, Sentencia 5/2018 de 5 Abr. 2018, Rec. 21/2017 “*La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo.*” Siendo igualmente responsable, pues la pasividad del autor para conocer su edad se considera dolo eventual, y como hemos dicho, no exime de responsabilidad.

Personalmente creo que se establece entre líneas con esto que el autor debe actuar con un alto deber de cuidado respecto al sujeto pasivo. Es decir, cuando hemos hablado de dolo eventual y error de tipo se ha hablado de *pasividad*, castigándose en cierto modo aquellos casos en los que no haya actuado diligentemente cuando se relacionaba con un menor al no averiguar su edad. Pérez Cepeda ya lo dejó entrever cuando se mantienen relaciones sexuales con menores: “*La actividad que realizan les exige un deber previo de información acerca de la edad/capacidad de la víctima.*”⁵⁹ Entiendo que el legislador estableció “*con fines sexuales*” (mencionado al principio del capítulo) por esta razón y me extraña que no se resalte ni entre la jurisprudencia ni la doctrina. Basar el conocimiento de la edad como determinantes para el dolo aunque sea el más recurrente en la realidad, produce la misma inseguridad que con la anterior redacción, con el añadido de la exigencia de una determinada conducta del autor. Con la finalidad sexual “se intenta” centrar las interpretaciones y evitar tener en cuenta un elemento en la que ni su propia entidad está clara (la edad), pero no solucionaría nada respecto a este último. De hecho, este intento de evitar la interpretación respecto al error de la edad y centrarla en la finalidad sexual hace surgir otra posibilidad ¿Puede el autor creer por error que sus conductas no fueron sexuales? La anterior redacción previno una posibilidad parecida, y era que el autor creyese que con los actos sexuales producirían un beneficio y no un perjuicio al

⁵⁹ Pérez Cepeda, Ana Isabel (2001) “Un ejemplo más del derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores. Ap. 5.4. e) El error sobre la edad o incapacidad de la víctima”. *Artículo de Derecho Penal*. Disponible online: <https://laleydigital.laley.es/avalos.ujen.es>

menor (cosa que ya no se exige).⁶⁰ En ambos casos seguiríamos las reglas generales del error de tipo y estableceríamos que si es vencible, quedará impune pues la conducta no prevé la modalidad culposa.

Siguiendo con la misma línea del error; nos podemos plantear otra pregunta: ¿Qué ocurre si hay un error sobre la edad de la persona que se corrompe cuando hay edades cercanas? La defensa del reo suele dejar de lado la posibilidad de error, para acudir al art. 183 quáter, por el cual, se establece una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales cuando el menor de 16 años hubiera dado su consentimiento libre siempre y cuando el autor sea una persona próxima a su edad, grado de desarrollo o madurez. Es decir, si un menor de 16 años convence a otro menor a ver un acto sexual creyendo que tiene 18 años por su altura, su comportamiento,... Cuando solo tiene 15 años, se suele obviar dicho error y acudir al artículo 183 quáter, que suele tener más posibilidades de ser apreciado.

Este artículo no se limita solo a los casos de error, sino que se amplía incluso para aquellos casos que se tenga conocimiento de dicha edad. Actualmente hay una serie de problemas cuando se produce una relación sexual entre menores con una edad inferior a los 16 años; por un lado sin este artículo, producirán abusos sexuales recíprocos si son menores de 14 años, pues es con esta edad cuando surge la responsabilidad penal y por otro al contraer matrimonio con la edad mínima de 16 años, con una sociedad cada vez más liberal, se ve difícil en algunas situaciones impedir que dichos menores tengan relaciones sexuales sin delinquir antes del matrimonio. Es por ello que el legislador introdujo la cláusula de exención de responsabilidad penal en el 183 quáter.

Pero la principal finalidad de este artículo no versaba tanto entre menores, si no más concretamente, en los casos de corrupción de menores y su posible equidad de madurez psíquica o física del autor mayor de edad.

No obstante, no hay una auténtica justificación para impedir la inseguridad jurídica que produce al aplicar este artículo respecto al delito de corrupción, debido a que si lo comparamos con otros artículos como el de exhibicionismo, donde hay un mismo bien jurídico en juego, vemos cómo puede permitirse una relación sexual entre un menor de 16 años y un mayor de 18 años gracias a su consentimiento, pero no si hay una exhibición o pornografía infantil, ya

⁶⁰ López Aguado, Sara (2004) “VII. Culpabilidad.” *El delito de corrupción...* ob.cit.

que no le es aplicable el artículo 183 quáter. Una situación político criminal que el legislador no tuvo en cuenta cuando modificó de forma tan insistente unos artículos que aún no estaban pulidos.

6. ERROR DE PROHIBICIÓN.

Nos encontramos con el error de prohibición cuando el autor actúa desconociendo que su conducta está prohibida, es decir, creyendo que su conducta es lícita y conforme a derecho o porque conoce la norma prohibida y cree que actúa de manera justificada. De la misma forma que en el error de tipo, nos encontramos con el error invencible (excluye de la pena de un delito doloso) y evitable (será castigada como imprudencia, pero en el caso que analizamos, no se castigaría la imprudencia).

Por un lado, la creencia de que su conducta está justificada, queda descartada por la propia naturaleza del tipo. Por ejemplo, creer que actuaba en legítima defensa. La naturaleza de los delitos sexuales contra menores hace que sea impensable que pueda considerarse que ha habido una agresión por la otra parte. Sin embargo, debemos hacer una pequeña mención a la posibilidad de creer que actuaba en estado de necesidad en su modalidad de corrupción del menor del art. 189.1. Aunque el artículo 183 bis no establezca esta posibilidad, es destacable la STS de lo Penal, Sentencia 270/2016 de 5 Abr. 2016, Rec. 10381/2015 que dispone que *“...no se estima acreditada la concurrencia de circunstancias eximente ni atenuante de estado de necesidad respecto a ..., pues aunque admitamos la veracidad de sus manifestaciones relativas a las dificultades económicas que tenía en Rumania, para poder atender sus necesidades y las de sus hijas, no se ha practicado prueba concreta alguna reveladora de que pasara por una situación de pobreza tal que pueda atenuar su responsabilidad penal...”* sobre la autora de un delito de prostitución y corrupción de menores. Debido a la falta probatoria, no se estableció dicho estado, ni incluso creyendo que por error estaba justificado. Aun con la inexistencia de jurisprudencia o doctrina sobre este aspecto, puede surgir una hipótesis. El autor, que hace presenciar a un menor de 15 años, el acto sexual de unos amigos pedófilos ya que este le pagará 500€ (debido a su estado económico agónico) si convence al menor. Le convence creyendo que su estado de desesperación económica le justifica, pero le intenta explicar aún así la situación que verá, que no está forzado a hacerlo,... de una forma entendible para él. En estos casos si siguiésemos las normas generales, podría apreciarse estado de necesidad, o como el caso que nos atañe, que está justificado debido a que el menor le entendió y accedió sin problemas. En caso contrario, no apreciar ni tan siquiera que pudo actuar

erróneamente de forma justificada, me haría dudar totalmente de la naturaleza de este delito, pues el daño a la indemnidad sexual de un menor de 15 años al que se le ha explicado correctamente, sería menos evidente que el que pueden realizar dos personas con edades cercanas (según el art. 183 quáter) en las que ninguno tiene conocimiento del alcance de sus actos.

Por otro lado, creer el autor que su conducta es lícita. Es curioso en este aspecto la SAP de Vizcaya Sección 2ª, Sentencia 17/2017 de 7 Abr. 2017, Rec. 59/2015 que sentenció a un mayor de edad (una persona de 34 años) al mantener relaciones sexuales sobre una menor de 13 años.

“La apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obrar, así como la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo.”

El Tribunal Supremo entendió que el error debe demostrarse palpable e indubitadamente por quien la alega; y que no se pueden invocar en aquellas infracciones que *“sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud por ser ésta notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada.”* La defensa alegó mediante informes periciales una discapacidad intelectual que le impedía tener conocimiento de la ilicitud de su acto. No obstante el Tribunal consideraba que la fundamentación que alegaban no convencía en absoluto de su realidad pues una persona con *“experiencia dilatada en diversos ámbitos como el sentimental”* o el intento de noviazgo de la menor (conocido simultáneamente entre sus amistades) no daban lugar a creer que no conocía la ilicitud de su acto. Es decir, *“que sus actos están prohibidos, lo sabe el acusado y actúa clandestinamente”* y que apreciar en todo caso su ignorancia o despreocupación por su edad por *“estar enamorado”* no le eximía de responsabilidad. Muestra clara con sentencias como esta, son las que nos enseñan cómo es muy poco probable que se pueda alegar que una persona no pueda conocer la ilicitud de un acto. Siendo patente además, que incluso con este error, en el fondo deben tener una especie de deber a la hora de relacionarse con el menor. La supresión de este deber, se mostraría ante la sociedad como una *“pasividad”* por parte del autor de no averiguarlo, ya que la naturaleza del delito nos impide apreciar una tipología de posición de garante.

Finalmente destacar la STS 17 de octubre de 2016 N° 782/2016 (justo antes de entrar en vigor la actual reforma) que apreció error de prohibición, debido a que el autor mantuvo relaciones consentidas con una menor durante la vigencia de la anterior regulación y parte de la actual redacción con su consecuente penalización de la conducta sin saberlo.

Con esta sentencia se cerraría sin darnos cuenta además el círculo que he ido apreciando subsidiariamente a lo largo de este Capítulo y el anterior, puesto que daría una ubicación a ese problema que veía sobre el dolo y los errores; el Tribunal consideró que *“sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma.”* Cuando he considerado que se exigía una determinada conducta al autor en este delito (como averiguar su edad), esta sentencia daría luz a esta cuestión además del error de prohibición del caso. Es decir, más que una posible posición de garante (ya que en cierto modo, se permitía relacionarse con un menor, pero con una especie de deber de protección por su parte), el Tribunal concebía que la actuación del autor debía ser de un deber de cuidado de un hombre medio ajustado a la norma. Pero creo que revisando la jurisprudencia, cuando hemos mencionado dicha *pasividad*, podría incluso entenderse que más que un *“deber de cuidado”* cuando mantenía relaciones con el menor (en el sentido amplio de la palabra), ha habido una tendencia a exigir una determinada conducta e incluso como realizarla a la hora de relacionarse con un menor, ya que debido al art. 183 quáter, se permitía dicho acto. La SAP de Vizcaya Sección 2ª, Sentencia 17/2017 de 7 Abr. 2017, Rec. 59/2015 (antes mencionada) daba a entender que el propio autor debió investigar al menos el entorno de la menor para conocer su edad, porque sus amistades eran de su misma edad y para mí, exigir este tipo de conducta trasciende más allá de un comportamiento ajustado a la norma de un hombre medio, pero debido a la redacción del artículo, no se exige ni directa ni indirectamente un determinado comportamiento sino su evitación. Y que a grandes rasgos, lo que más preocupa a este delito es más la puesta en peligro del bien jurídico, que la propia conducta del autor, incluso cuando actúa con error.

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Por un lado nos encontramos con la **autoría**. Podemos decir que el autor es el sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de los hechos calificados como delitos. Por tanto es el que realiza como propio alguno de los hechos. En el CP acoge este concepto en el art. 28: *“son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También se considerarán autores:*

- 1) *Quienes inducen directamente a otros a ejecutarlo*
- 2) *Los que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual el hecho no se habría efectuado”.*

Es destacable que dicho artículo diferencia entre quienes son autores y quienes se consideran autores (permite diferenciar la autoría de aquellas conductas que puedan considerarse participación). Dicha diferencia, en base al principio de accesoriedad de la participación nos permite castigar un hecho antijurídico de forma justa, pues el partícipe actúa en una posición secundaria.⁶¹

En relación al delito de corrupción de menores, acotaremos las distintas modalidades de autoría punibles. Si consideramos autor a quien realiza el hecho, debemos plantearnos las diversas posibilidades que suceden cuando la acción es generada por una sola persona (autoría única inmediata), cuando se lleva a cabo valiéndose de un tercero como instrumento de ejecución (autoría mediata), o cuando se realice conjuntamente con varios individuos (coautoría).

Los casos de autoría única son claros: Será autor aquel que mediante su conducta determine al menor a realizar dicho acto. Pero los casos de autoría mediata son unos de los que más dudas nos pueden ofrecer. En estos casos el individuo realiza el ilícito penal valiéndose de otra persona como tercero existiendo 2 individuos: el que ejecuta la acción y otro que se vale del sujeto. Los casos de coautoría

La naturaleza del artículo nos lleva a determinar que se trata de un delito de propia mano. Este tipo de delitos, indican que debe existir una ejecución de un acto corporal (o al menos personal), llevado a cabo por sí mismo, pues de no ser así, faltaría el especial desvalor de la acción característica de este delito. Que se considere como tal, conlleva no solo a la inaplicación de posibles casos de autoría mediata, sino también de coautoría y comisión por omisión.⁶²

Autores como Gómez Rivero considera, que aun siendo delitos de propia mano, no impiden que en estos casos existan dichas conductas, de las cuales no debemos confundir con delitos especiales como el falso testimonio. Para los casos de autoría mediata y coautoría, se basa en

⁶¹ Mir Puig, Santiago (2015) “*Derecho Penal. Parte general*”. 10ª edición. Pg 376-379

⁶² Debido a su redacción, nos lleva a incluirlo en esta categoría, la cual, ha sido criticado por autores; Caruso Fontán, María Viviana (2017) “*La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿regreso de los delitos de propia mano?*” Capítulo V ¿Regreso a los delitos de propia mano?. La Ley penal (revista de derecho penal, procesal y penitenciario). Disponible on line: <https://laleyidigital.laley.es/>

la teoría del dominio del hecho⁶³ pues en caso contrario nos encontraríamos ante una imposibilidad de culpar al causante efectivo de un delito. Ejemplo de ello; un sujeto ingiere bebidas alcohólicas para después conducir bajo los efectos de la embriaguez, en el momento en que conduce no sería más que un mero instrumento de sí mismo quedando por tanto en entredicho el concepto general de delito de propia mano.

Para los casos de comisión por omisión, mientras hay autores que argumentan que en estos casos, hay una responsabilidad de garante y que por tanto si es compatible con la figura y del que soy partidario, dicha autora considera que es mejor alejarse de esta concepción, pues los delitos de propia mano requieren una “*realización corporal de la acción*”, contrastando con la idea de que haya comisión por omisión en estos delitos, pues estos son “*acciones relativas a la responsabilidad del omitente por los actos que realiza un tercero*” y no determinadas acciones descritas en el tipo.⁶⁴ Pero los casos que se mencionaron en el Capítulo 5 y 6 (y que considero que no es necesario volver a recalcar) nos harían ver esa posibilidad si no fuese por una redacción del artículo tan distante con la interpretación con los Tribunales. Por tanto, la determinada conducta que debe realizar dicho autor hace que cumpla esos requisitos de los que hablaba Gómez Rivero: el autor *tiene la responsabilidad* de informarse de la edad y de actuar conforme a eso, ya que de él, depende que el menor vaya a participar o no en *los actos de un 3º* como decía dicha autora.

Pero a pesar de las diversas interpretaciones posibles que podemos encontrar a lo largo de todos los casos, en la práctica suele abarcarse mediante otras figuras más acordes, pues no debemos olvidar que dicho artículo ha quedado casi reducido a su totalidad por las demás figuras, de las cuales, no tienen interpretaciones tan abiertas a debate.

Es aquí donde debemos hacer una especial mención a una determinada conducta en la que sí se puede apreciar sin duda la comisión por omisión. El art. 189.6 CP es el único artículo del Capítulo V, Título VIII donde se establece expresamente una conducta relacionada con la corrupción del menor, a pesar de haber todo un Capítulo con el título de “*Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores*”. Debido a la reforma, se

⁶³ A grandes rasgos, dicha teoría considera que el autor domina la conducta, ya sea de forma inmediata o a través de instrumentos interpuestos.

⁶⁴ Gómez Rivero, Carmen (2006). “*¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*” Revista penal, (18), 106-122

distorsionó la corrupción y se dejó la comisión por omisión del artículo 189.6 CP en un vacío práctico. Dicha conducta tenía unas pretensiones elevadas que complementaban la corrupción del menor, y la correspondiente obligación de los padres de proteger su indemnidad. De igual forma, se cerraba todos los posibles autores ante esta conducta delictiva.

Pero 2 son las razones que a mi modo de ver, han hecho vaciarlo de sentido. La primera es que debido a la nueva redacción en otro Capítulo, a pesar de tener todo un Capítulo para este concepto, hacía que los Tribunales caminaran a ciegas para aplicar o no el art. 189.6 CP. Por ejemplo, mientras unas sentencias consideran que solo se puede apreciar prostitución del menor, otras consideran que pueden coexistir con la corrupción del menor, a pesar de no tener un artículo concreto en dicho Capítulo. La segunda razón y más concreta es que la propia jurisprudencia y doctrina ha hecho que dicho artículo sea “casi” incompatible con la corrupción del menor. La razón es sencilla; dicho artículo nos habla de “*conociendo su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible*”. Tanto la jurisprudencia como la doctrina, como hemos visto, ha considerado que se pone en peligro a un menor en el momento en el que se le determina a participar, y esto es lo que se protege. Que dicho artículo hable de “*conociendo su estado*” hace que dichos padres deban conocer si se ha producido una alteración psicológica, algo que hasta los propios Tribunales celebraron por eliminar de la corrupción de menores, pues estaba lleno de inseguridades jurídicas. Por tanto, quizás la única posibilidad que podamos apreciar en base a una posible corrupción, para evitar que dichos padres estén en una situación de inseguridad por no tener claro que puede ser o no perjudicial para su bienestar psíquico, es que conozcan que ha participado en una conducta sexual, hecho por el cual, sería más subsumible en una complicidad o cooperador necesario del art. 183 bis. Para mí, dicha conducta, hubiese sido mejor que se hubiese *diluido* de alguna forma en el art. 192.2 para evitar esa inseguridad que arrastraba la corrupción del menor con la anterior redacción de un daño y no de un peligro. Así haría que los padres tengan una justificación objetiva cuando hablamos de corrupción del menor y extendería su responsabilidad, ya no solo del daño que ocasiona, sino del mismo peligro que puede ocurrir. Es decir, si conocen que ha participado en un comportamiento sexual su hijo, podemos llegar a considerarlos incluso cómplices del art. 183 bis, independientemente de que se haya corrompido o no al menor, algo que puede no ocurrir en algunos casos.

Y por otro lado nos encontramos con la **participación**. Esta se trata de una contribución en un hecho ajeno, más concretamente, en el hecho del autor, de ahí su carácter dependiente de la

actuación de este. Por tanto, en base a la teoría de la accesoriedad limitada, no puede existir penalidad para dicha persona, si el hecho realizado por el autor, es irrelevante o lícito.

Igualmente, nos encontramos otras teorías que intentan delimitar este concepto pero que no llegan a tener cavidad actualmente en nuestro ordenamiento; distinguiendo entre una accesoriedad mínima (el autor realiza el tipo de un delito aunque estuviera justificado), máxima (requiere que el tipo realizado por el autor sea antijurídico y sea “culpable”) y la aceptada mayoritariamente: limitada (exige que el hecho principal sea típicamente antijurídico).

Por un lado nos encontramos la inducción, prevista en el art. 28 a) CP viene a significar la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o imprudente.

Lo característico de este tipo, es determinar a la realización del delito al inducido. No obstante, la naturaleza del delito nos lleva a dudar de aplicar esta posibilidad ante la corrupción de menores. Dicho delito establece “*determine a un menor de 16 años a...*”, por tanto una forma de inducir a un menor a realizar determinadas actividades sexuales.⁶⁵ Podríamos considerar también una “*inducción en cadena*” (inducir a otro a que induzca a su vez a otra persona a ejecutar el hecho).⁶⁶ Aquí entraría una de las dudas; ¿debemos considerar “*el hecho*” la conducta sexual o la actividad de determinar? Si considerásemos la conducta sexual como el hecho, si existiría dicha cadena, pero lo más sensato y en base al art. 28 a), el hecho sería la actividad de determinar, pues el artículo define inducción como inducir a ejecutar el hecho delictivo. La doctrina española, considera que si se llegase a aceptar alguna de las posibilidades, lo más sensato sería castigarse como *cooperador necesario* en el delito ejecutado. Pero en la práctica penal, lo más normal es incluirlo en la figura de “*inducción a la prostitución*” pues una conducta conflictiva como la inducción, haría extender demasiado una conducta que al fin

⁶⁵ SAP de Palencia, Sentencia 3/2019 de 30 Ene. 2019, Rec. 5/2018 “*En este sentido no cabe duda que hacer que unas niñas enseñen los genitales a un adulto supone determinar en la medida en que se induce un comportamiento ("hacer que alguien decida algo", según el Diccionario de la RAE), y, dado que se realiza mediante el aprovechamiento de la ingenuidad propia de la infancia, y que tal comportamiento tiene un claro significado sexual, siendo el sujeto pasivo sendas menores de dieciséis años, debe afirmarse que estamos ante un acto subsumible en el delito del ART. 183 bis CP*”

⁶⁶ Mir Puig, Santiago (2015) “*Derecho Penal. Parte general*”. 10ª edición. Pg 419

y al cabo puede ser subsumida de forma más correcta en otras figuras como el art. 188.1 párr. 2º.⁶⁷

Dentro de la participación; nos encontramos por otro lado, con el aspecto de la cooperación necesaria y la complicidad; El CP distingue estas dos figuras de la siguiente forma: art. 28.b) considera a los cooperadores necesarios (equiparado al autor aunque no lo sea) aquellos que cooperan a la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. El art. 29 CP considera cómplices a los que cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (su aportación no trasciende como necesaria para la consumación del delito).

La delimitación de ambas figuras reside en la teoría del bien escaso, por el cual, para producir el resultado, dicha acción en abstracto sería una cooperación considerada como necesaria o condicio sine qua non del delito (cooperación necesaria) o no (cómplice).

Con dicha delimitación, nos haría dudar en descartar ambas figuras, debido a que la figura establece “*El que con fines sexuales determinare a un menor de...*”. Con esta redacción, nos haría excluir en mi opinión, dichas figuras, ya que se limita mucho las acciones punibles y por lo general, se suele castigar como autor al que determine a realizar dicha actividad de cualquier forma. Del mismo modo que si cooperan con el autor sin finalidad sexual, se excluiría, o se actúe con imprudencia (no abaricable por el tipo). La jurisprudencia reciente no ha resuelto ningún caso donde se aprecie estos casos de forma inequívoca, pues es más frecuente que dichas figuras se subsuman en autorías o participaciones del art. 189.2 y 4. Autores como Aguado López ya excluyeron la posibilidad de la complicidad en la anterior redacción del art. 189.3, debido a que el antecesor art. 452 bis b)1º establecía las conductas “*promover, favorecer y facilitar*”. Sin dicha redacción, se excluiría aquella conducta de “*menor trascendencia en relación con la del que convence al menor o incapaz*”.⁶⁸ Opinión, que personalmente, debería mantenerse con la actual redacción, evitando así la extensión innecesaria de las conductas.

⁶⁷ Ejemplo de ello; la SAP de Burgos, Sección 1ª, Sentencia 105/2019 de 3 Abr. 2019, Rec. 1/2018

⁶⁸ López Aguado, Sara (2004) “V. Sujeto activo y pasivo.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

8. ITER CRIMINIS

El iter criminis consta de una etapa interna y otra externa. Como todo delito doloso, la acción humana nace en la mente de autor, su deliberación puede ser más o menos breve o incluso estar ausente (etapa interna) pero la resolución exteriorizada es presupuesto necesario (etapa externa).

Penalmente, no se puede incriminar los actos ejercitados en la primera etapa, pues el mero pensamiento no es sancionable (*cogitationis poena mnemo patitur*), pero la manifestación de la voluntad de realizarlo, aunque sea abstracta, ya permite incriminar. Por tanto es posible castigar no solo la consumación de un daño o peligro al bien jurídico, sino todo un abanico que el legislador puede prever a partir de esta idea, aunque a veces es difícil delimitarlo.

¿Es posible hablar de acto preparatorio punible en el delito de corrupción de menores del art. 183 bis? Por lo general, este tipo de actos están alejados de la consumación y por tanto de la lesión o amenaza para el bien jurídico protegido. Pero por razones especiales de política criminal, el legislador castiga de forma excepcional este tipo de conductas. El delito de corrupción de menores es tratado como un delito de mera actividad, cuya característica principal es que no se exige un resultado típico separable del producido inmediatamente por la acción típica: corromper.

En el Código Penal, se sanciona de manera expresa determinados actos preparatorios, del mismo modo que el art. 17 y 18 CP incluyen la conspiración, proposición y provocación para delinquir como modalidades. El fundamento de estas, es la mayor peligrosidad que implica la implicación de estas personas en el proyecto criminal, requiriendo la concreta alusión del tipo penal aplicable al efecto para sancionarlo, circunstancia que no ocurre en esta modalidad. También podemos justificarlo por la razón de exacerbar de la pena, ya que abarcaría demasiadas conductas que no pondrían en peligro el bien jurídico.

Hay determinadas sentencias que consideran que el delito en sí, es un acto preparatorio del art. 183 CP. Ya se mencionó este problema en el apartado de sujeto activo para determinar si era necesario o no su participación. De hecho, la STS 468/2017, 22 de Junio de 2017 consideraba que la mera determinación a participar en un comportamiento de naturaleza sexual (la correspondiente a este delito) era un acto preparatorio, siendo el caso enjuiciado, subsumible en el art. 183 ya que el autor participó en un comportamiento sexual con el menor realizándose

un contacto corporal. Pero considero que una cosa es el acto preparatorio de otro delito y que está tipificado, y por otra parte, el análisis de este delito, por el cual debemos analizar su iter criminis. Que estas sentencias hablen de tal forma, impide que las conductas punibles se extralimiten aún más cuando analizamos este artículo, por tanto, indirectamente, ese análisis que realizan, nos permite aplicarlo aquí pues justifica aún más la inexistente posibilidad del acto preparatorio de este delito.

Por otro lado nos encontramos ante la duda de apreciar o no la tentativa. Definida en el art. 16.1 CP, se caracteriza por la no producción del resultado típico, porque hay un intento que fracasa, porque no se ha completado la acción, o porque aún habiéndola completado, no se produce el resultado delictivo.

En relación a lo expuesto, el art. 183 bis, admitiría la tentativa con sentencias que lo corroboran, tales como la SAP de Lleida, Sección 1ª, Sentencia 424/2017 de 13 Nov. 2017, Rec. 1/2017, que mostraba como un mayor de edad, “*determinaba*” a participar a un comportamiento sexual. Según la sentencia, determinar a alguien significa hacerle tomar una decisión, y en ese supuesto, “*pese a la ejecución de la conducta descrita por parte del acusado, lo cierto es que el mismo no llegó a lograr que Joaquina le hiciera caso y se comportara en los términos de su petición*” no produciéndose el resultado buscado por causas independientes a su voluntad.

Dentro de la tentativa, nos encontramos con la posibilidad del desistimiento del autor: El art. 16.2 CP exime de responsabilidad penal a quien “*evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*” No existe impedimento de poder aplicar dicha figura. Imagínese el caso de un mayor de edad que intentando convencer a un menor para participar una relación íntima de dos amigos suyos, se arrepiente, y decide no insistir más. En situaciones como estas, no debemos olvidar que dicho desistimiento, en el sentido estricto de la redacción del artículo, no cabe apreciarse cuando el menor ha sido “*determinado*” a realizarlo, ya sea corrompido o no por dicho acto sexual. Por tanto, nos encontraríamos en una figura que quedaría muy limitada, apreciándolo solo en casos en los que el desistimiento se produzca en sus intentos de convencer, antes de la respuesta del menor, ya que si lo realiza cuando ya lo ha convencido, incurrirá en responsabilidad, a pesar de que no se realice el comportamiento sexual posterior.

Y finalmente nos encontraríamos con la consumación. Esta figura queda consumada cuando se ha determinado al menor a realizar cualquiera de las conductas descritas en el tipo, poniendo en peligro el bien jurídico protegido, esto es, la indemnidad sexual del menor (y otros más, según las interpretaciones) y la correcta formación y desarrollo de su sexualidad. Por tanto, debido a que es un delito formal, no requiere de un resultado material.⁶⁹

9. PROBLEMÁTICAS CONCURSALES

La primera problemática son los **concurso de delitos**, que se produce cuando un mismo sujeto ha infringido varias veces la ley penal y por ello debe responder por varios delitos. El delito estudio de este trabajo es, como ya hemos dicho, residual prácticamente, pues constituyen comportamientos sexuales realizados con menores, que no puedan ser subsumidos en abusos sexuales, exhibicionismo, o pornografía infantil.

No obstante, es posible encontrar el concurso de delitos por ejemplo en aquellos casos en los que se producen hechos separados cronológicamente. Concretamente nos podemos encontrar con el concurso real; es decir, aquellas conductas que entre sí no son dependientes y subsumibles en un solo delito.

Monge Fernández, consideraba que no era adecuado apreciar los concursos en la mayoría de los casos de corrupción de menores. Por ejemplo, los casos de abuso sexual o agresión sexual trataban actos específicos y aislados, mientras que en la corrupción de menores se requería una acción reiterada y continua que facilitase la perversión moral del menor. Por tanto, dichas infracciones tendrían momentos consumativos claramente diferenciados.⁷⁰ Aguado López se extendía más en dicha restricción y consideraba que era inaceptable con cualquier delito contra las conductas sexuales sobre menores, ya que protegen el mismo bien jurídico, es decir, su correcta formación y bienestar psíquico y por tanto atentaría contra el principio *non bis in*

⁶⁹ STS 147/2017 de 8 Marzo. 2017, Rec. 1647/2016 “*La tipicidad, se alcanza, en definitiva, cuando el autor instala a la menor en una vivencia que le proporciona a ésta sensaciones para cuyo gobierno el desarrollo de su personalidad aún no le facilita las habilidades y formación adecuadas.*” Es decir, es necesario incluir al menor una actuación que afecte a su indemnidad sexual y libre desarrollo de la personalidad simplemente, sin necesidad de que se corrompa. Cosa que algunos autores como se ha mencionado, consideran demasiado tardío para apreciar la consumación, debiendo adelantarse al momento de determinar.

⁷⁰ Monge Fernández, Antonia (2009) “Capítulo VII. Problemas concursales” *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010)*. Pág.

idem. Para él, se trataba de un delito supletorio o residual, en la que si se permitía subsumirse la conducta en los demás delitos, este delito no aportaría más desvalor, es decir, para él “*el perjuicio psíquico propio del artículo no es más que la consecuencia derivada de la lesión de la formación o bienestar psíquico*” que era propia de los demás artículos.⁷¹ A día de hoy, el fundamento del artículo es distinto, tanto el momento consumativo como el perjuicio al bienestar del menor ha cambiado. Por tanto, no se exige que se corrompa moralmente al menor para consumarse. Aunque bien es cierto, que el desvalor que pueda producirse respecto otras figuras contra la sexualidad a día de hoy no aporta nada con esta figura.

Pero ¿Qué ocurre cuando efectivamente hay un daño diferenciado en el que se daña distintos bienes con distintos actos? Imagínese el caso de abusar de un menor, y además hacerle participar de forma consentida en otra relación sexual que le perjudique. Esta excepción también la contempló Aguado López, y nos permitiría apreciar el concurso de esta figura con otras figuras contra la indemnidad sexual, pero en la práctica es casi inexistente encontrarla.

Otro caso es la posibilidad de encontrar o no concurso con el delito de lesiones. Cabe reseñar que es posible que dicha conducta conlleve a un perjuicio psíquico y que desemboque además en un daño a la salud psíquica grave. Por ejemplo, trastornos de ansiedad (crisis de angustia, fobia específica, trastorno por estrés agudo,...) trastornos o disfunciones sexuales (trastornos del deseo sexual,...).⁷² Los Tribunales, incluido el TS, no se suele plantear el problema de lesiones psíquicas actualmente en el art. 183 bis, ya que probar dichas lesiones psíquicas a largo plazo es muy difícil, además de que la propia conducta no tiene en consideración el correspondiente y justificado perjuicio, sino de *determinar a participar* en la acción.

Aunque lo parezca, el bien jurídico protegido del delito de lesiones y el de corrupción de menores, no son el mismo. Mientras que el delito de corrupción de menores tiende a proteger el *bienestar psíquico* (característico de la indemnidad sexual), en el de lesiones se protege la *salud física y psíquica*. Es decir, en el bienestar psíquico se sufre alteraciones psíquicas en la formación sexual, y en la salud psíquica hay un daño que ocasionan enfermedades y trastornos. Por tanto, en este tipo de situaciones, nos encontraríamos ante un concurso. Concretamente un concurso ideal porque el mismo hecho que produce la corrupción del menor (puesta en peligro de su bienestar psíquico), se produce al mismo tiempo una lesión de su salud psíquica.

⁷¹ López Aguado, Sara (2004) “VIII. Concursos.” *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.

⁷² López Aguado, Sara (2004) “VIII. Concursos.” *El delito...* Ob. Cit.

Ahora bien, estas lesiones tienen que tener un mínimo de perjuicio necesario para lesionar su bienestar psíquico.

Hasta ahora hemos hablado de las lesiones psíquicas. El mayor problema ocurre cuando hay lesiones físicas, ya que es más difícil encuadrarlo. El mejor ejemplo, es la rotura del himen o transmisión de ETS. Si el Tribunal considera que la gravedad de la lesión está incluida en la conducta del art. 183 bis (ya que esta no lo especifica) no habrá concurso, en cambio, la transmisión de ETS por ejemplo, suele considerarse que es una lesión grave no inherente a la conducta sexual que puede conllevar el participar en un acto sexual.

Y la segunda problemática son los **concursos de normas**. En estos se considera que la progresión que existe entre las distintas infracciones y la protección de un único bien jurídico, nos obliga a aplicar una sola de las normas, es decir, uno de ellos comprende la totalidad del injusto de la conducta realizada. Establecido en el art. 8, nos delimita mediante una serie de criterios, cuando estamos o no, ante esta situación.

1. Principio de especialidad: Con este principio, se aplica el tipo de la ley especial pues contiene todos los elementos del tipo de la ley general.
2. Principio de subsidiariedad: Si dos preceptos están en relación de subsidiariedad, sólo se aplicará el subsidiario en caso de que no se pueda aplicar el principal.
3. Principio de consunción: Se aplica cuando estamos ante un tipo penal más amplio o complejo que comprende los juicios desvalorativos al igual que en uno más simple.
4. Principio de alternatividad: El último criterio aplicable establece que en aquellos casos en los que varios delitos, tengan una zona común, se aplicará aquella que tenga la pena del delito más grave.

Por lo general, los casos prácticos, y la propia naturaleza del hecho, nos permite incluirlo en otras figuras delictivas por el principio de especialidad, pues como ya se ha comentado a lo largo de este estudio, dicha conducta es residual y con una conducta general tipificada. Ejemplo de ello, la STS de 22 de Junio 468/2017, nº rec. 2145/2016 que establecía que los actos de llegar a involucrar a la menor en sus conductas diciéndole que era un juego secreto entre ellos entraba dentro de la conducta de abuso sexual, pues ya hay un contacto físico o corporal propio de la conducta llegando más allá de la conducta que tipifica el art. 183 bis.

10. CONCLUSIONES.

Con la redacción de este estudio, hemos observado el intento de delimitación de dicho delito, en el entorno de una crítica constante desde su primera redacción. La propia reforma de la LO 1/2015 intentaría reflejar y solucionar todas aquellas opiniones, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, con el objetivo de cerrar de forma completa todas aquellas conductas que afectaban al ámbito de libertad sexual. Pero la propia redacción del artículo, produce una imprecisión que ni el ciudadano que pide amparo, sabe con certeza qué conducta se declara punible.

Una de las críticas que más pueden destacar de forma deductiva de todo esto (entre otras muchas) es que más allá de intentar abarcar todas las conductas posibles, es más para obedecer aquellas Directivas internacionales impuestas previamente, pues ni los propios Tribunales llegan a afirmar de forma clara cuando podemos aplicar dicho delito. Un delito que es previo a la conducta de abuso sexual, una conducta genérica que puede apreciarse en otros artículos como el de prostitución de menores,... No queda clara y delimitada su aplicación.

Del mismo modo, también es grande la preocupación que puede haber, cuando hablamos de las edades que abarcan el tipo. Es difícil hablar del consentimiento de un menor en una sociedad cada vez más cambiante y precoz, pero el propio delito en sí, no facilita como hemos visto, su interpretación, pues a la hora de determinar si perjudica a su indemnidad, quedamos en un limbo de duda de si se puede producir o no.

Finalmente, como broche final de este estudio, decir personalmente que la redacción de este artículo no produce más que brechas a la hora de la interpretación en muchos sentidos y que por la propia redacción, es necesario o especificar muy claramente tanto la conducta como la definición de corrupción de menores (algo que ni la propia doctrina o jurisprudencia tienen claro) o implantar dichas conductas en otros tipos y por tanto, eliminar dicho artículo, pues la práctica jurisprudencial nos ha mostrado que son pocos los casos aplicables e incluso que pueden ser subsumibles en otros tipos.

11. BIBLIOGRAFÍA.

12. Alberto Donna, Edgardo (1999), *Derecho penal. Parte especial*” Tomo I.
13. Antón Oneca, J. (1965), *Historia del Código Penal de 1822*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 18, Madrid.
14. Buenestado Barroso José Luis (2011) *Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España*.
15. Bouyssou, Isabel (2015) *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. Tesis doctoral por la Universidad de Sevilla.
16. Caruso Fontán, María Viviana (2017) Capítulo V “¿Regreso a los delitos de propia mano?”, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿regreso de los delitos de propia mano?*, La Ley penal (revista de derecho penal, procesal y penitenciario).
17. Colina Oquendo, Pedro (2007) *Código Penal: Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*.
18. Díez Ripollés, Jose Luis (2000) *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*. Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955.
19. De la Rosa Cortina, José Miguel (2013) “*Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*.”
20. “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” Artículo de Derecho Penal (2013). Disponible on line: <https://www.iberley.es/temas/delitos-contra-libertad-indemnidad-sexual-47461>.
21. Figueroa Navarro, Carmen y Cámara Arrollo, Sergio (2017) “Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
22. Gómez Rivero, Carmen (2006). “¿*Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*” Revista penal, (18)
23. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal (2000-2016) “*Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*.”
24. García Álvarez, Pastora (2015) *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 1º Edición. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>
25. García Canales, Mariano (1989) “*Principios Generales y Principios Constitucionales*” Revista de Estudios Políticos (Nueva Época).
26. Gavilán Rubio, María (2018) “*Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia*”, Revista en Derecho, Empresa y Sociedad; Núm. 12, ISSN: 2340-4647.

27. Gómez Rivero, Carmen (2006). “*¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*” Revista penal, (18).
28. Gómez Tomillo, Manuel (2005) “*Derecho Penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194.
29. Guinarte Cabada, Fernando Vázquez Portomeñe Seijas (2014) *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico jurídico y policial*. 1º Edición.
30. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal (2013)
31. Lameiras Fernández, María y Orts Berenguer, Enrique (2014) *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.
32. López Aguado, Sara (2004) *El delito de corrupción de menores (art. 189.3)*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.
33. Maza Martín, José Manuel (2017) *Circular N°1/2017 de Fiscalía General del Estado*, Capítulo II “*La edad de consentimiento*”, FIS-C-2017-00001, 6 de Junio de 2017.
34. Mir Puig, Santiago (2015) “*Derecho Penal. Parte general*”. 10º edición.
35. Méndez Rodríguez, Cristina (2017) *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII. ISSN 1137-7550.
36. Monge Fernández, Antonia (2010) “*El menor ante los abusos y agresiones sexuales.*” Anuario de Justicia de Menores.
37. Monge Fernández, Antonia (2009) *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años (análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010)*.
38. Morillas Fernández, David Lorenzo (2006) “*Parte Segunda: los delitos de pornografía infantil en la legislación española.*”, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil* ISBN: 8497726685.
39. Morillas Fernández, David L. (2015) “*Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, Madrid.
40. Orts Berenguer, Enrique (2009) “*Algunas consideraciones sobre moral y derecho penal*”, ReCrim, ISSN 1989-6352.
41. Pérez Cepeda, Ana Isabel (2001) “*Un ejemplo más del derecho penal simbólico: el delito de corrupción de menores*”. Artículo de derecho penal.

42. Proyecto de Ley de modificación del Título VIII, Libro II remitido a la Mesa del Congreso el 13 de octubre de 1997.
43. Ramos Vázquez, José Antonio (2016) *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*. Disponible online: <https://0-www.tirantonline.com>.
44. Soler, Sebastián (1992) “*Derecho Penal Argentino*”, Tomo III.