



Máster en Abogacía por la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2017/2018

**ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE
DIECISÉIS AÑOS (ARTS. 183, 183 BIS Y 183 QUATER CP)**

**(Abuses and sexual aggressions to under sixteen year old's. Articles 183, 183
bis and 183 quarter Spanish Criminal Code)**

Realizado por la alumna Doña María Nieves Riol García

Tutorizado por la Profesora Dra. Doña María Anunciación Trapero Barreales

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	5
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA.....	8
I.- INTRODUCCIÓN	9
II.- BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A LOS MENORES DE EDAD.....	11
III.- LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO	16
1.- Justificación de la reforma.....	16
2.- Principales novedades	18
3.- La edad	19
IV.- ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS DE ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES	22
1.- Bien jurídico protegido.....	22
2.- Sujetos activo y pasivo	26
3.- El elemento subjetivo	32
4.- Declaración del sujeto pasivo.....	33
5.- Problemas concursales: el delito continuado.....	34
V.- CONDUCTAS TÍPICAS (ARTS. 183 Y 183 BIS CP)	38
1.- Abusos sexuales (art. 183.1 CP).....	39
2.- Agresiones sexuales (art. 183.2 CP).....	43
2.1.- Agresión sexual	44
2.2.- Compeler a participar en actos de naturaleza sexual.....	46
3.- Tipos agravados (art. 183.3 CP).....	47
4.- Circunstancias agravantes (arts. 183.4 y 5 CP)	49
4.1.- Víctima en situación de total indefensión	49
4.2.- Actuación conjunta de dos o más personas	51

4.3.-	Carácter particularmente degradante de la violencia o intimidación .	52
4.4.-	Relación de superioridad o parentesco.....	53
4.5.-	Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.....	55
4.6.-	Comisión en el seno de organización o grupo criminal	55
4.7.-	Prevalerse de condición de autoridad (art. 183.5 CP).....	56
5.-	Determinar a participar o presenciar actos o abusos sexuales (art. 183 bis CP)	56
5.1.-	Determinar a participar en un comportamiento sexual	58
5.2.-	Hacer presenciar actos de naturaleza sexual	59
5.3.-	Hacer presenciar abusos sexuales.....	60
VI.-	EL CONSENTIMIENTO (ART. 183 QUATER)	61
VII.-	CONCLUSIONES.....	65
VIII.-	BIBLIOGRAFÍA.....	68
	ANEXO JURISPRUDENCIAL	75

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAPP	Audiencias Provinciales
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año)
AJM	Anuario de Justicia de Menores (citado por número y año)
AP	Audiencia Provincial
ARP	Aranzadi Penal
art./s	artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Convenio de Lanzarote	Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007
coord./s	coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (citada por número y año)
DF	Disposición Final
DH	Derechos Humanos
dir./s	director/es
DP	Derecho Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (citada por número y año)
JD	Jueces para la Democracia (citada por número y año)
JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Libro Homenaje

LLP	La Ley Penal (citada por número y año)
LO	Ley Orgánica
núm.	número
ONU	Organización de Naciones Unidas
PE	Parte especial
PG	Parte General
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Penales (citada por número y año)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año)
RDPP	Revista de Derecho y Proceso Penal (citada por número y año)
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número y año)
REJ	Revista de Estudios de la Justicia (citada por número y año)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
s/ss.	siguiente/s
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRCP	Texto Refundido del Código Penal de 1973 (Código Penal 1944/1973)
vol	Volumen

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el estudio, jurisprudencial y doctrinal, de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (arts. 183, 183 bis y 183 quater CP), haciendo especial incidencia en la reforma introducida por la LO 1/2015.

El DP sexual contra menores ha sido objeto de diversas reformas, una ya con la vigencia del TRCP y ha sido una constante tras la aprobación del CP 1995, tres de ellas de especial relevancia: las operadas por la LO 11/1999, de 30 de abril, la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta última ha supuesto la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años.

Se lleva a cabo un estudio de los principales aspectos de las distintas modalidades delictivas resultantes de la última reforma, comenzando por el elemento básico orientador de cualquier interpretación, el bien jurídico protegido, legalmente formulado desde 1999 como la indemnidad sexual.

Por primera vez, el CP regula el consentimiento del menor de edad en materia sexual, una regulación que resulta básica desde el momento en que se eleva la edad del consentimiento a dieciséis años. Se ofrece una interpretación de los requisitos legales descritos en el art. 183 quater para la exención basada en el consentimiento, a la vez que se analiza su alcance en relación con las tipologías delictivas.

Palabras clave: abuso sexual, agresión sexual, menores de 16 años, indemnidad, bien jurídico protegido, consentimiento sexual.

ABSTRACT

This work treats on the study, jurisprudentially and doctrinal, of the crimes of abuses and sexual aggressions sixteen-year-old minors (articles 183, 183 bis and 183 quater of the Spanish Criminal Code), doing special incident to the reform introduced by Organic Law 1/2015. The latter has supposed the elevation of the age of the sexual assent at the age of sixteen years old.

There is carried out a study of the principal aspects of the different criminal resultant modalities of the last reform, beginning for the basic element orientador of any interpretation, the juridical protected good, legally formulated from 1999 as the sexual indemnity.

The sexual Criminal Law against minors has been an object of diverse reforms, one already with the force of the TRCP and has been a constant after the approval of the Spanish Criminal Code, three of them of special relevancy: the produced ones for Organic

Law 11/1999, of April 30, Organic Law 5/2010, of June 22 and Organic Law 1/2015, of March 30. The latter has supposed the elevation of the age of the sexual assent at the age of sixteen.

For the first time, the Spanish Criminal Code regulates the assent of the minor in sexual matter, a regulation that turns out to be basic from the moment in that rises the age of the assent to sixteen years. There offers an interpretation of the legal requirements described in the art. 183 quater for the exemption based on the assent, simultaneously that analyzes his scope in relation with the criminal types

Keywords: abuse sexual, aggression sexual, under sixteen years old's, indemnity, juridical protected good, sexual consent.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal de este Trabajo de Fin de Master es analizar los delitos de abusos y agresiones sexuales contra menores de dieciséis años regulados en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del CP, en concreto, los arts. 183, 183 bis CP. Dada la íntima conexión con estas figuras delictivas, en el trabajo también ha de ser analizado el art. 183 quater CP, regulador del consentimiento en materia sexual del menor de esta edad.

Como objetivos específicos se pretende:

- Estudiar la evolución legislativa de estos delitos, con el fin de comprobar cuál es la tendencia que ha seguido el legislador en esta materia y, desde esta perspectiva, averiguar qué bien jurídico se pretende proteger, en general en los delitos sexuales, en particular en los delitos sexuales con víctimas menores de edad.
- Analizar los elementos comunes a las distintas figuras delictivas, desde la peculiaridad de la víctima menor de edad (en relación con los medios comisivos o con la prueba en el proceso penal).
- Estudiar las conductas típicas de los arts. 183 y 183 bis CP y confrontar si la reforma de 2015 ha introducido tipos novedosos respecto a la regulación anterior, o si ha supuesto una diferenciación entre los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y los abusos y agresiones sexuales al resto de víctimas (castigados a través de los arts. 178 y 182 CP).
- Comprobar la aplicación e interpretación jurisprudencial sobre estas figuras delictivas, en especial sobre las de nueva aparición en la reforma de 2015
- Analizar el precepto regulador del consentimiento sexual del menor de dieciséis años, para establecer su alcance aplicativo y los requisitos exigidos para la exención de la responsabilidad penal.

METODOLOGÍA

Para poder alcanzar los objetivos fijados con este Trabajo de Fin de Máster, donde prima el factor jurídico y, en especial, el jurídico-penal, es necesario seguir el método de investigación científica.

En primer lugar, tras la elección del tema y asignación de tutor, se ha procedido a la delimitación del objeto del trabajo.

En segundo lugar, se ha procedido a la recopilación de fuentes de información para su elaboración, mediante la selección de manuales, monografías, libros colectivos, revistas especializadas, legislación penal y jurisprudencia. La selección bibliográfica se ha centrado, sobre todo, en los últimos años, completada con la bibliografía más relevante que puede ser calificada de básica en este tema, ya que era coherente con el objetivo del trabajo, valorar la incidencia de las últimas reformas penales en la protección de las víctimas menores de dieciséis años de los abusos y agresiones sexuales. Para algunos aspectos comunes, particularmente el bien jurídico protegido, sí se ha utilizado bibliografía menos reciente, para comprender la decisión del legislador de nombrar como bien jurídico objeto de protección la indemnidad sexual.

En cuanto a la jurisprudencia utilizada, para poder valorar el proceso evolutivo de los delitos sexuales, se ha acotado la búsqueda desde el año 2010 hasta la actualidad, ya que de esta manera se ha podido estudiar la aplicación jurisprudencial de las últimas reformas penales en esta materia. En algunos puntos se han utilizado sentencias anteriores a esta fecha por tener especial transcendencia en la interpretación de los delitos de abusos y agresiones sexuales (como las sentencias sobre la interpretación del término objeto en la modalidad delictiva consistente en la introducción de objetos). La mayor parte son resoluciones dictadas por el TS, no obstante, con el fin de poder hacer referencia a las últimas modificaciones introducidas con la reforma de 2015 se ha consultado jurisprudencia menor de diversas AAPP. En algunos supuestos ha sido necesario acudir a resoluciones del TC, en especial en las cuestiones relativas a la declaración de la víctima con el objetivo de desvirtuar la presunción de inocencia. La selección jurisprudencial se ha hecho utilizando la base de datos de Aranzadi (en estos casos se ofrece información sobre el sistema de cita de esta base de datos para facilitar su búsqueda y consulta).

Tras la recopilación de las fuentes necesarias y tras su lectura comprensiva, se procedió a la redacción del trabajo, utilizando el sistema de citas recomendado por la tutora, siguiendo las pautas del área de DP de la Universidad de León.

I.- INTRODUCCIÓN

Los delitos relativos a los abusos y agresiones sexuales contra menores de dieciséis años, a los que se va a referir este Trabajo de Fin de Máster, están tipificados en el Capítulo II bis, del Título VIII del Libro II CP, en concreto los arts. 183 y 183 bis CP, bajo la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”. El capítulo se completa con el art. 183 ter CP relativo al *child grooming* y embaucamiento de menores a través de internet. Aunque el delito tiene clara conexión con los delitos de agresiones y abusos sexuales (en especial el delito tipificado en el art. 183 ter.1 CP) no va a ser objeto de estudio en este trabajo por un doble motivo: en primer lugar, por razones de espacio. En segundo lugar, porque los delitos de abusos y agresiones sexuales descritos en los arts. 183 y 183 bis CP, teóricamente al menos, son los que han de tener su paralelismo y equivalencia con los delitos tipificados en los arts. 178 a 182 CP cuando las víctimas no son menores de dieciséis años. Con esta selección se trata de poner de relieve si hay diferencias o no en la descripción de estas modalidades delictivas dependiendo de quien sea la víctima del delito. Por este motivo tampoco se estudian los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores entre dieciséis y dieciocho años, incluidos en los tipos de abusos y agresiones sexuales de los Capítulos I y II del Título VIII del Libro II del CP, en concreto en los arts. 178-180 y 182 CP.

Numerosas han sido las reformas de los delitos sexuales que se han llevado a cabo desde la entrada en vigor de la CE. Comenzando con el TRCP, la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, supuso el abandono de la tutela del bien jurídico honestidad sustituyéndolo por el de libertad sexual, tal como queda reflejado en los cambios operados en la rúbricas del Título IX antes y después de la reforma. La aprobación del CP 1995 supuso una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual con la finalidad, entre otras muchas, de adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido¹. Centrando la atención en los delitos sexuales con menores, muchas son las modificaciones que se han producido con posterioridad a la entrada en vigor del CP 1995, siendo las más relevantes la introducida por la LO 11/1999, en la que nuevamente se modifica la rúbrica del Título, incluyendo la mención a la indemnidad sexual en su denominación, y las operadas por la LO 15/2003 y la LO 5/2010. Es en esta segunda citada cuando se crea el Capítulo específico, el II bis, sobre agresiones y abusos sexuales

¹ Así se indica en el Preámbulo de la LO 3/1989, exigencia, a su vez, que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad, pues las rúbricas deben tender a expresar el bien jurídico protegido.

a menores de trece años. En el año 2015 nuevamente se vuelven a modificar los delitos sexuales con víctimas menores de edad, destacando como novedad o cambio más relevante la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años.

Como se verá con posterioridad, pese a los cambios que ha introducido el legislador sobre esta materia, en la actualidad sigue abierta la discusión doctrinal respecto al bien jurídico protegido en los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, pues sigue siendo objeto de discusión si ha de plantearse o no un bien jurídico autónomo, denominado intangibilidad o indemnidad sexual, cuando de víctimas menores se trata, discusión que también se extiende a los casos de otras víctimas, concretamente las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El planteamiento del bien jurídico desde la idea de la indemnidad o, más claramente, desde la intangibilidad sexual, permite ver más nítidamente que en el fondo lo que subyace a los delitos sexuales es una determinada concepción moral sobre el sexo y las relaciones sexuales con menores de edad (siendo la otra parte de la relación un sujeto mayor de edad).

La regulación de los delitos de abusos y agresiones sexuales en general ha sido (y sigue siendo) objeto de crítica por parte de la sociedad, al menos eso parece cuando una y otra vez son objeto de atención de las distintas reformas penales. Y en cada reforma se produce un mismo efecto, el aumento del rigor punitivista, aumentando el número de conductas punibles e incrementando las sanciones penales. En parte las reformas penales son el producto de la trasposición al Derecho interno de la normativa procedente de la UE, o de la ratificación de Tratados Internacionales (como el Convenio Lanzarote), en parte también son la consecuencia de reivindicaciones sociales por acontecimientos en materia de delitos de abusos y agresiones sexuales de menores que han tenido gran calado en la opinión pública². Obedecen, por tanto, a un DP moralizante que exige al legislador que legisle de tal manera que impida cualquier conducta que involucre a un menor de edad, al tiempo que establece sanciones penales más y más elevadas y que supone, en la mayoría de los casos, que el DP sexual de los menores de dieciséis años no se adecúe a la realidad sexual de los menores de dieciséis años que se inician habitualmente en las

² En opinión de ROPERO CARRASCO, *EPC XXXIV* (2014), 230-231, el endurecimiento de la respuesta penal frente a los abusos y agresiones sexuales debe estar fundada en dos premisas: la primera, cuando se observe que la regulación vigente y las penas previstas no responden adecuadamente a la lesividad de las conductas agresoras; la segunda, cuando existen datos para sostener de manera fundada que dicha regulación no está funcionando correctamente (en la medida en que la criminalidad experimenta una significativa tasa de aumento que no disminuye tras una razonable aplicación del DP). Plantea la cuestión de si estas premisas se cumplen siempre en la regulación de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, pues en muchos casos parece que se está “ante un caso de populismo punitivo que aboga por el endurecimiento indefinido que desoye las garantías que limitan el *ius puniendi* en un Estado de Derecho”.

relaciones sexuales antes de esa edad. Como contrapartida, para reconocer esta última realidad, como no puede ser de otra manera, el legislador se ha visto en la necesidad de introducir una regulación específica, no exenta de problemas, sobre el consentimiento del menor de dieciséis años en materia sexual.

II.- BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A LOS MENORES DE EDAD

La regulación de los delitos sexuales ha estado sujeta a grandes modificaciones iniciadas ya con el CP anterior. El cambio más relevante en el TRCP se produjo con la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, comenzando con una modificación muy significativa: la antigua rúbrica “delitos contra la honestidad” se sustituyó por “delitos contra la libertad sexual”.

La justificación de este cambio de denominación en 1989 se encuentra recogida en el Preámbulo de dicha Ley, donde se reconoce su necesidad debido a que ha sido ampliamente reclamada desde diversos sectores sociales; además se dice expresamente que se debe “respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión *honestidad* por *libertad sexual*, ya que este es el auténtico bien jurídico atacado”. En esta reforma se suprimen las referencias a la deshonestidad, por ejemplo, los llamados delitos deshonestos pasan a denominarse agresiones sexuales. Lo que se pretendía con esta modificación era prescindir de la concepción moral (y desde una concepción católica) que prevalecía con anterioridad en esta tipología de delitos, pues se debía y debe castigar penalmente los ataques a auténticos bienes jurídicos merecedores de protección penal, lo que significa, aplicado a este ámbito, que se deben tipificar penalmente las conductas que involucran a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad³.

Además, se ha modificado la descripción del sujeto pasivo y de las conductas típicas, extendiéndolas, en el delito de violación, a la introducción de objetos y al uso de

³ Respecto a la concepción moral de la normativa española en materia sexual en esta época, SÁINZ CANTERO, *ADPCP* 1978, 246, quien considera que “la característica general más acusada de nuestro Derecho penal sexual es la confusión entre Derecho y Moral, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar”. En el mismo sentido, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, *Protección de la libertad sexual*, 1985, 15-29; en: *Política criminal y DP*, 2ª, 2013, 730-732; ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL, *PE I*, 2ª, 2011, 582, quienes consideran que la moral sexual de la Iglesia Católica ha tenido, históricamente, una influencia decisiva en la política criminal española, esta influencia fue perturbadora, moralizante, obsesiva con el sexo, presidida por la idea del pecado, y contraria a reconocer a la mujer un papel principal en la sociedad, por tenerla conceptualizada como un ser esencialmente impuro y moralmente débil.

medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios (antes de esta reforma el art. 429 TRCP solo hacía referencia al acceso carnal vaginal, rectal y bucal). También ha supuesto la inclusión del hombre como sujeto pasivo del delito, con el objetivo de adecuar el tipo penal a la realidad delictiva del momento.

La aprobación del CP 1995 supuso una gran reforma de este tipo de delitos, consecuencia de la evolución del DP sexual desde la llegada de la democracia, consolidando la libertad sexual como bien jurídico protegido. En la Exposición de Motivos de esta Ley se explica que lo que “se pretende es adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya (...) la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”⁴. No introduce ninguna novedad respecto de la edad para poder consentir las relaciones sexuales, por tanto, sigue estableciéndose en el mínimo de doce años (límite ya empleado en el TRCP para definir el delito de violación). Pero sí hay un cambio relevante en la distinción entre abusos y agresiones sexuales: la concurrencia o no de los medios comisivos de la violencia o intimidación. Esto significa que, por ejemplo, la antigua definición de la violación, que contemplaba como tal el acceso carnal con menor de doce años desaparece y, a partir de ahora, para que esta conducta constituya violación en víctimas menores de edad también han de concurrir los citados medios comisivos, faltando tales medios el hecho se subsume en los abusos sexuales.

Contra lo que pudiera parecer, la aprobación del CP 1995 no ha supuesto, ni mucho menos, el final de la evolución del DP sexual. Han sido varias las reformas legislativas que han afectado a estas tipologías delictivas y en estos cambios parece resurgir el planteamiento o visión moralizante, ahora desde concepciones morales evolucionadas en parte (ya no la honestidad de la mujer), sobre todo relacionadas con el sexo y los menores⁵, asociada en muchos casos a la alarma social que generan este tipo de delitos y que tienen gran incidencia en la política criminal, criticada ampliamente por la doctrina⁶.

⁴ Resulta curiosa esta justificación de la Exposición de Motivos, pues, como ya se ha indicado, la reforma de 1989 ya había ajustado la regulación al bien jurídico merecedor de protección penal, la libertad sexual de los ciudadanos, hombres y mujeres.

⁵ Respecto a la visión moralizante del DP sexual actual, véase, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MIR PUIG/CORDOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, 335 ss.; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER, en: MUÑOZ CONDE/LORENZO SALGADO/FERRÉ OLIVÉ/CORTÉS BECHIARELLI/NÚÑEZ DE PAZ (dirs.), *LH-Landrove Díaz*, 2011, 1143 y ss.

⁶ Véase, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MIR PUIG/CORDOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, *passim*, especialmente 350 ss.

A continuación se van a mencionar los aspectos más destacables de las distintas reformas penales en los delitos sexuales, centrandó la atención en los cambios relacionados con los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidos con menores de edad.

En primer lugar, la LO 11/1999, de 30 de abril, modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II del CP pasando a denominarse *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. En la Exposición de Motivos de la Ley se indica que se han seguido las recomendaciones de la Resolución del Consejo de Europa 1099/1996, de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, así como para dar respuesta a la Acción Común adoptada en base al art. K.3 del TUE, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, de 29 de noviembre de 1996. Asimismo, se justifica este cambio en la necesidad de una nueva tipificación que responda a las exigencias de la sociedad nacional e internacional, ya que el bien jurídico protegido no solo es la libertad sexual, “ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”⁷.

Uno de los cambios más importantes es el de la recuperación del límite de edad en la descripción del sujeto pasivo para las agresiones y la violación, si bien no es para convertir la conducta sexual en agresión o violación, pero sí es para describir una circunstancia cualificante (en el art. 180.1.3ª CP en relación con los arts. 178 y 179 CP); la víctima menor de trece años es víctima especialmente vulnerable. En los abusos sexuales (art. 181.2 CP en relación con el 181.1 CP) se presume que no hay consentimiento sexual válido cuando la víctima es menor de trece años; hasta este momento el límite de edad en los delitos sexuales había sido doce años. En 1999, sin

⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 añade: “Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquélla, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien la dignidad es 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 al respeto por parte de los demás”.

ninguna explicación o justificación en la Exposición de Motivos de la Ley, se eleva ligeramente este límite de edad a trece años.

La siguiente modificación se produce con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP⁸.

La reforma de 2003 introduce aclaraciones en la descripción de las conductas asimiladas en gravedad al acceso carnal (conductas de violación y de abusos sexuales agravados). Antes de esta reforma las conductas sexuales más graves eran el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y la introducción de objetos por las dos primeras vías (arts. 179 y 182.1 CP). Esta última descripción generó dudas sobre el concepto objeto, resueltas finalmente por la jurisprudencia⁹ dando una interpretación gramatical de la palabra objeto que, entre otros sentidos, significa cosa. Desde esta interpretación gramatical, apoyada en una interpretación restrictiva de las leyes penales derivadas del estricto respeto al principio de legalidad del art. 4.1 CP, la jurisprudencia excluía expresamente la introducción de dedos, lengua o cualquier otro miembro de la conducta de introducción de objetos; los supuestos de *introducción de miembros corporales* eran subsumidos en el tipo básico de agresiones y abusos sexuales. Ilustradora de esta cuestión es la STS núm. 1728/1999, de 5 de abril de 2000, en la que se considera que por “objetos deben estimarse cosas materiales, y no miembros del propio cuerpo del agresor, ni concretamente sus dedos, siguiendo las directrices de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/90”¹⁰.

El siguiente cambio legislativo, de capital relevancia, se ha producido con la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, al añadir, como ya se ha indicado, el nuevo Capítulo II bis al título VIII del Libro II del CP, con la rúbrica *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*.

El Capítulo estaba formado por dos preceptos, el art. 183 CP, que regulaba las modalidades básicas y agravadas de agresión y abuso sobre menores de trece años (recogidas antes en los arts. 178, 179, 180.1.3º, 181 y 182 CP) y el art. 183 bis CP, que tipificaba el *child grooming* o *ciber acoso*. De este emplazamiento se puede deducir la

⁸ La reforma de 2003 no va referida directamente a los delitos sexuales de menores, pero sí indirectamente, desde el momento en que son muy habituales conductas como la introducción de dedos en el ano o en la vagina; en esta reforma se va a decidir legislativamente que la introducción de otras partes del cuerpo por vía anal o vaginal equivale al acceso carnal por una de esas vías, por tanto, se trata de una de las conductas sexuales más graves que han de ser objeto de prevención y represión.

⁹ En este sentido, entre otras, STS 1222/2000, de 7 de julio (RJ 5673); STS 1492/2001, de 25 de julio (RJ 9010).

¹⁰ En consecuencia, en la STS 1728/1999, de 5 de abril de 2000 (RJ 3728), la Sala entendió que la introducción de los dedos en la vagina no puede suponer agresión sexual del art. 179 CP, así que tenía que ser castigada como agresión sexual del art. 178 CP.

intención del legislador de limitar el alcance de este capítulo a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años¹¹, dejando fuera otras conductas delictivas cometidas con menores, en concreto, las conductas de acoso, exhibicionismo, provocación sexual y las relativas a la prostitución y corrupción de menores, excluyendo también las conductas que recaen sobre otros sujetos que hasta ese momento habían sido tratados como menores (los incapaces principalmente, hoy denominadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección). Estas cuestiones hicieron que la reforma fuera objeto de crítica por parte de la doctrina¹².

Entre los motivos que se especifican en el Preámbulo de la Ley para justificar esta reforma se señala la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. También en la reforma se ha tenido muy presente el Convenio de Lanzarote. Asimismo, para el legislador resulta indudable que en los supuestos de abusos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger es la indemnidad sexual, que significa proteger al menor en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad, adquiriendo el bien jurídico una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, justificando así el incremento de las penas para los abusos sexuales de menores de trece años que pasan a prisión de dos a seis años (art. 183.1CP) y para las agresiones sexuales a menores de trece años para las que se establece una pena de cinco a diez años de prisión (art. 183.2 CP).

En los supuestos de “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales y objetos por alguna de las dos primeras vías” las penas también se han elevado: en el abuso pasa a castigarse con prisión de ocho a doce años, en la agresión sexual con prisión de doce a quince años (art. 183.3 CP). Es decir, penas que se equiparan en parte a las previstas para el delito de homicidio, poniendo en cuestión el principio de proporcionalidad¹³.

En la reforma también se introducen circunstancias cualificantes (en el art. 183.4 CP), en principio aplicables a los abusos y agresiones sexuales si bien, por su contenido,

¹¹ Así lo destaca CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal*, 2010, 225.

¹² Véase, entre otros, CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal*, 2010, 225; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *PE*, 2ª, 2015, 252.

¹³ Críticamente, DURÁN SECO, *LLP* 63 (2009), quien considera que, en relación con el incremento de las penas, debe ser objeto de reflexión el principio de proporcionalidad y su posible vulneración. En el mismo sentido, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 91.

como se verá más adelante, algunas se refieren a las segundas, parecidas a las previstas para los genéricos delitos de agresiones sexuales (y, en menor medida, de los abusos sexuales, en el art. 180 CP): escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima que la coloque en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años; cuando los hechos hubieran sido cometidos actuando más de una persona; la violencia o intimidación hubieran tenido un carácter degradante o vejatorio; prevalerse el agresor de una relación de superioridad o parentesco con la víctima ascendiente o hermano; el autor hubiera puesto en peligro la vida del menor; cuando la infracción se cometa en el seno de una organización o grupo criminal que se dedique a estas actividades; como agravante especial, aplicable a todos los delitos de abusos y agresiones sexuales (las de tipo básico y las de tipo cualificado), la de prevalerse el sujeto activo de su condición de autoridad, agente o funcionario público.

La última reforma se ha producido con la LO 1/2015, y será objeto de comentario y análisis de este trabajo.

El TS en diversas sentencias ha considerado que la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en el CP 1995 ha sido laberíntica, debido a las múltiples modificaciones que se han producido desde su aprobación, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015 (y este bien jurídico mediato ha estado presente en las reformas anteriores), llevando al Alto Tribunal a proponer que “se aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en *bis in idem* sancionando doblemente una misma conducta o motivo de agravación”¹⁴.

III.- LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

1.- Justificación de la reforma

Gran parte de las modificaciones llevadas a cabo por esta reforma tienen su justificación en la trasposición de la Directiva 2011/93/UE¹⁵, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, tal como

¹⁴ STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491). En el mismo sentido, ya con anterioridad: STS 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2756); STS 553/2014, de 30 de junio (RJ 3524). Se hacen eco de esta crítica del TS, SAP Madrid 185/2016, de 15 de marzo (ARP 485); SAP Guadalajara 8/2016, de 4 de abril (JUR 106259); SAP Alicante 234/2016, de 31 de mayo (ARP 1031).

¹⁵ Esta directiva sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, que, como se ha comentado antes, fue alegada para justificar la reforma de 2010.

se indica en el Preámbulo de la Ley y, en menor medida, la aplicación del Convenio de Lanzarote, aunque no se alude a este Convenio en el Preámbulo. La Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en estas materias ya que las considera contrarias a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y entiende que constituyen graves infracciones de los derechos fundamentales¹⁶.

Ahora bien, como ha destacado de manera unánime la doctrina¹⁷, el legislador español excede lo dispuesto en la Directiva configurando unos tipos novedosos e innecesarios, aumentando el ámbito de aplicación de los que ya existían y endureciendo de forma generalizada las penas, todo ello con un gran componente moral¹⁸, no haciendo referencia alguna a la indemnidad sexual en los arts. 183 a 183 quater CP a pesar de que se modifican y amplían delitos vinculados a este bien jurídico¹⁹. La Directiva deja al arbitrio del legislador nacional la determinación de la edad de consentimiento sexual, en ningún momento se propone un límite determinado de edad en este ámbito. El legislador interno opta por elevar la edad de consentimiento sexual alegando como justificación que se ha dar respuesta a las recomendaciones de la ONU en la protección de los menores y, por otro lado, porque así se adecua al límite de edad establecido en otros países de nuestro entorno²⁰.

¹⁶ Apartado XII del Preámbulo de la LO 1/2015.

¹⁷ Véanse entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 434; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 252; SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 603; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 422.

¹⁸ Así lo afirman entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 603; CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2016, 981, quien considera que “el Derecho Penal sexual está en un proceso de ampliación debido fundamentalmente a una «remoralización» de la regulación, en la que ocupa un papel esencial la pretensión de proteger a personas menores de edad frente a conductas que atenten contra su sexualidad. En nuestra opinión, en España, este proceso ha tenido lugar mediante reformas irreflexivas hasta parecer espasmódicas, que culminan con la LO 1/2015, norma que convierte la regulación de los delitos sexuales en un verdadero galimatías, creando gravísimas incoherencias internas en su tipificación”.

¹⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 435.

²⁰ Así lo reconoce MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 439. Sobre este particular, cabe indicar que España era uno de los países en los que la edad para prestar consentimiento sexual era de las más bajas del mundo. Así lo afirma RAMOS TAPIAS, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad de los menores*, 2015, 125, quien, además, advierte que no existe ninguna Recomendación de la ONU dirigida a España por la falta de protección de los menores frente a los abusos sexuales que suponga un incumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

2.- Principales novedades

La LO 1/2015 ha introducido importantes cambios en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aquí solo se van a enumerar algunas de las más destacadas relacionadas con los menores de edad, y desde la perspectiva de los delitos de abusos y agresiones sexuales.

La principal novedad es la elevación de la edad del consentimiento sexual en los delitos sexuales cometidos con menores; si en la reforma de 2010 se había mantenido este límite en trece años, cinco años más tarde se toma la decisión de elevarla a los dieciséis años.

Dentro del Capítulo II bis se añaden nuevas figuras delictivas, como son: compeler a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo con violencia o intimidación (art. 183.2 CP); determinar a un menor (de dieciséis años) a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, conducta agravada cuando lo que se presencia son abusos sexuales (art. 183 bis CP).

También se añade una figura delictiva en el art. 183 ter CP: a la ya tipificada en 2010 de *ciberacoso* o *child grooming*, se añade el delito del art. 183 ter 2 CP, denominado delito de embaucamiento sexual.

Se cierra el Capítulo II bis con la novedosa regulación del consentimiento del menor de dieciséis años como eximente de responsabilidad penal en el art. 183 quater CP. Como se ha indicado, se modifica la edad para prestar consentimiento sexual libremente: si antes el límite estaba fijado en trece años, a partir de la reforma de 2015 se eleva a los dieciséis años, lo que ha significado una ampliación de la franja de edad y, en consecuencia, abarcando a un mayor número de hechos delictivos. Para evitar la incriminación de relaciones sexuales entre menores²¹, se ha incluido una cláusula para establecer la exclusión de responsabilidad penal cuando medie el consentimiento libre del menor de dieciséis años, eso sí, siempre y cuando tal relación involucre a otra persona próxima en edad y grado de madurez. Esto ha supuesto un cambio en el régimen del consentimiento²² con su regulación de manera expresa en el art. 183 quater CP, que se estudiará más adelante.

²¹ Así lo afirma GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, en: GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN/RODRÍGUEZ NÚÑEZ, *Política criminal y DH*, 2015, 213.

²² Así lo destaca SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 252.

3.- La edad

A raíz de la LO 1/2015 se ha incrementado la edad para poder prestar consentimiento sexual, pasando a establecerse en los dieciséis años. Este aumento, como ya se ha indicado, es considerado una de las novedades más importantes.

El art. 2 apartado b de la Directiva 2011/93/UE define la edad del consentimiento sexual como “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”. Como se ha explicado anteriormente, hasta la reforma introducida por la LO 1/2015 la edad del consentimiento sexual en España estaba fijada en los trece años, muy por debajo de la media europea²³ que se situaba entre los quince y los dieciséis años. La Directiva 2011/93/UE, causa de esta reforma, no establecía una edad mínima y dejaba esta cuestión al arbitrio del legislador nacional. Algunos autores consideran que este cambio es debido más a una tendencia moralizante²⁴ para responder a determinadas demandas sociales que solicitaban mayor dureza represiva²⁵. Además, debe tenerse en cuenta que, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se reforma del art. 48 CC, en España la edad mínima para poder contraer matrimonio (con dispensa) se establecía en los catorce años (después de la reforma se ha fijado en los dieciséis), con lo que se reconocía que los menores de dieciséis años podían tener vida matrimonial²⁶.

En la regulación se ha optado por la fijación de una edad biológica concreta sin tener en cuenta factores como la madurez, el desarrollo o la formación en el ámbito sexual. La norma prohíbe realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis con independencia de su voluntad, pues la norma penal establece *a priori* la presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento sexual en los menores de dieciséis años, ya que

²³ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 440; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal*, 2015, 424, quienes hacen una comparativa sobre la edad del consentimiento sexual en diversos países europeos: Alemania: catorce años; Bélgica: dieciséis años; Finlandia: dieciséis años; Francia: quince años; Italia: catorce años; Noruega: catorce años; Portugal: catorce años; y Suecia: quince años.

²⁴ En este sentido, entre otros, ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 37; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 421 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 26; VIVES ANTÓN, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 34; en el mismo sentido CUERDA ARNAU, *RECPC 19-09* (2017), 3, quien considera que la reforma del CP de 2015 ha supuesto una erosión de los valores democráticos en el ámbito del DP y que las políticas criminalísticas son populistas.

²⁵ ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 37.

²⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, *Cuadernos Penales José María Lidón* 12 (2016), 364-365.

estos supuestos resultan incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles²⁷. La base de esta prohibición se encuentra en que estos no gozan de libertad sexual completa, sino que la tienen condicionada por su desarrollo o formación. La finalidad es garantizar que no puedan ser usados sexualmente y en el futuro sean titulares plenos de esta libertad²⁸. Esta explicación implica lo que va a ser explicado posteriormente, esta presunción va referida a los casos en los que la otra parte involucrada en la conducta sexual es una persona mayor de edad, más específicamente, de edad superior suficiente como para que se pueda deducir que se trata ya de una relación abusiva, como mínimo.

Los dieciséis años se han convertido, por tanto, en la edad del consentimiento sexual, por debajo de la cual la ley considera *a priori* que cualquier persona (tanto un adulto como un menor) que tenga contacto sexual con un menor de esta edad, cualquiera que sea sus circunstancias y condiciones, comete un delito, considerando irrelevante *inicialmente* el consentimiento prestado por dicho menor²⁹.

Esta prohibición es, sin embargo, matizable, pues lo que realmente se pretende es prohibir la conducta sexual con un menor de dieciséis años cuando el sujeto activo tiene una diferencia de edad y madurez significativa, pues en estos casos se deduce que existe abuso por parte de la persona adulta y madura. Es decir, se ha pretendido tipificar penalmente como abuso sexual (o, en caso de uso de violencia o amenaza, agresión sexual) los casos en los que existe asimetría de edad entre autor y víctima menor de dieciséis años³⁰, desde la consideración puesta de manifiesto por las investigaciones psicológicas donde se califica como abuso la relación de dos personas entre las que hay una cierta diferencia de edad, cifrada aproximativamente en cinco años³¹.

²⁷ Ya antes de la entrada en vigor de la reforma la STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491), hacía referencia a este particular; en el mismo sentido SAP Islas Baleares 23/2017, de 28 de marzo.

²⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 255, considera que este razonamiento es correcto para los menores de doce o trece años, aunque piensa que puede ser discutible cuando aumenta la edad, especialmente teniendo en cuenta la realidad social en la que los menores empiezan a iniciarse en las relaciones sexuales a esta edad y que la formación en materia sexual es superior a la que había hace años.

²⁹ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 421.

³⁰ LAMEIRAS FERNÁNDEZ/CARRERA FERNÁNDEZ/RODRÍGUEZ CASTRO/ALONSO ÁLVAREZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 47-48; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 433.

³¹ LAMEIRAS FERNÁNDEZ/CARRERA FERNÁNDEZ/RODRÍGUEZ CASTRO/ALONSO ÁLVAREZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 47-48.

A esta conclusión ha de llegarse haciendo una lectura de los arts. 183 a 183 ter CP y del art. 183 quater CP sobre el consentimiento del menor de dieciséis años como exigente, tal como se explicará más adelante.

Como ya se ha indicado, los supuestos de abusos y agresiones sexuales no plantean dudas respecto a la edad del consentimiento sexual, fijada expresamente en los dieciséis años. Tampoco hay lugar a dudas en el límite establecido para los delitos relativos a la prostitución de menores (art. 188 CP), donde debe entenderse que la edad se fija en los dieciocho años, ya que contemplan una modalidad cualificada para los menores de dieciséis años en los arts. 188.1 y 188.4 párrafo segundo CP. Igualmente están claros los supuestos del art. 182 CP relativos a los abusos sexuales por engaño o abuso de posición reconocida de confianza, en los que expresamente se habla de persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años.

Sin embargo, hay determinados supuestos en los que sí pueden plantearse dudas respecto a qué menores son los protegidos frente a determinados delitos sexuales. Es decir, si en estos casos el concepto menor de edad ha de establecerse en la edad de 18 años o, por el contrario, se puede utilizar un concepto distinto, tomando como referencia la propia decisión legislativa de dar un distinto tratamiento penal a las conductas cometidas con menores de edad inferior o superior a dieciséis años.

El primero, en el art. 189 CP, relativo a conductas relacionadas con la pornografía infantil, en el que intervienen menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El delito se denomina pornografía infantil, pero en la redacción del artículo se hace referencia a “menores de edad”; se puede entender que esa edad es la inferior a los dieciocho años, entre otros motivos, por la definición que da de pornografía infantil el art. 189.1 CP, pues hace referencia a “persona que parezca ser un menor (...) salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes”. También se puede llegar a esta conclusión porque se ha incluido una circunstancia cualificante cuando el menor tenga menos de dieciséis años³².

Asimismo, el supuesto cualificado del art. 184.3 CP (relativo al acoso sexual) hace referencia a la víctima “especialmente vulnerable, por razón de su edad”, pudiendo

³² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 877.

entender que dicha vulnerabilidad se refiere, en todo caso, a los menores de dieciséis años³³.

Por último, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186 CP) hacen referencia a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; estos supuestos plantean dificultades respecto a la interpretación de la edad de consentimiento sexual, dudándose si se pretende proteger al menor de dieciséis años o al menor de una edad inferior y, por otro lado, planteándose también la cuestión de si se admite o no la eficacia eximente del consentimiento otorgado por el menor de dieciséis años³⁴.

IV.- ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES A LOS DELITOS DE ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES

1.- Bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos son las “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad)”³⁵.

Como ha quedado reflejado en el apartado de la evolución, históricamente el bien jurídico protegido en los delitos de abusos y agresiones sexuales era la honestidad, al menos desde la rúbrica del Título regulador³⁶. El art. 105 LECrim utilizaba esa expresión hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (DF 2^a.2).

El cambio de rúbrica para identificar el bien jurídico protegido se produce inicialmente con el CP anterior, en la reforma operada en 1989, pasando a denominarse delitos contra la libertad sexual. Posteriormente, en la reforma de 1999, el legislador entendió que, en el caso de los menores de edad (e incapaces), el bien jurídico protegido

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 878.

³⁴ Véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 882-883.

³⁵ Definición dada por LUZÓN PEÑA, *PG*, 3^a, 2016, 189.

³⁶ Sobre el bien jurídico en aquel momento, véase, para más detalles, DÍEZ RIPOLLÉS, *El DP ante el sexo*, 1981, 22-23; *La protección de la libertad sexual*, 1985, 17-18, quien entiende que la moral sexual era considerada el bien jurídico protegido en los delitos contra la honestidad; en el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, *RDCP 15* (2010), 87, quien afirma que la honestidad no podía constituir el bien jurídico protegido, pues la referencia a delitos contra la honestidad solo ponía de manifiesto algo común a todos los hechos tipificados: su comisión mediante acciones deshonestas.

era la indemnidad sexual, cambiando, en consecuencia, una vez más la rúbrica del Título, pasando a denominarse “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”³⁷.

El derecho a la libertad es un derecho reconocido por el art. 17 CE y dentro de este se puede incluir el derecho a la libertad sexual que se caracteriza como el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, es decir, el derecho a mantener relaciones sexuales con su consentimiento expreso.

El bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra personas que tienen capacidad para consentir es la libertad sexual. La libertad sexual tiene una vertiente positiva y otra negativa³⁸. La faceta positiva lleva aparejada la posibilidad de elegir si se quiere llevar a cabo una determinada acción, es la capacidad del sujeto para realizar una determinada conducta sexual, solo o con otra persona que también consienta, y, así, ejercer su libertad³⁹. Por otro lado, en su vertiente negativa es la posibilidad de negarse a realizar o a tolerar actos sexuales cuando no se quiere intervenir en los mismos, conlleva verse involucrado en un contexto sexual sin haber prestado un consentimiento válido, de manera que se atentará contra la libertad sexual obligando al sujeto a soportar una conducta contraria a su voluntad⁴⁰. Esta segunda es la vertiente que resulta protegida a través de los delitos sexuales.

La libertad sexual es un “atributo esencial del ser humano, que forma un todo con su integridad moral y su dignidad (art. 10 CE)”⁴¹ y representa un valor universalmente reconocido, intrínseco a toda persona por el simple hecho de serlo.

³⁷ En la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, el legislador consideró que las normas contenidas en el CP relativas a los delitos contra la libertad sexual no respondían adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, “que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

³⁸ Sobre esta cuestión, CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, 32-34; Díez RIPOLLÉS, *El DP ante el sexo*, 1981, 214 y ss.; *La protección de la libertad sexual*, 1985, 23; *RDPC 6* (2000), 71-73; asimismo, ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al CP I*, 1996, 905-906; DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 653.

³⁹ Esto supone que, si se produce un ataque a la vertiente positiva de la libertad sexual impidiendo, por ejemplo, que una persona realice un determinado acto sexual con un tercero o sobre sí mismo, la protección del bien jurídico deberá hacerse a través de los tipos que protegen la libertad en general.

⁴⁰ Así lo entiende, por todos, CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, 2006, 32 y ss.

⁴¹ STS 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208); En el mismo sentido, entre otras: STS 702/2013, de 1 de octubre (RJ 7327); STS 844/2015, de 23 diciembre (RJ 6287); STS 777/2016, de 19 octubre (RJ 4959).

La tutela de la libertad sexual tiene como objeto garantizar que toda persona con la capacidad suficiente para poder prestar un consentimiento válido y que comprenda las consecuencias derivadas de la realización del acto sexual pueda ejercer con libertad la actividad sexual. Desde esta perspectiva también se explica que el DP tutele la libertad sexual potencial de aquellos que no tienen la capacidad para poder decidir sobre su libertad sexual mediante la prohibición de contacto sexual con ellos⁴², ya que la tutela del menor de dieciséis años en estos supuestos “lo es precisamente como interés del Estado en preservarle de toda conducta sexual, precisamente por su minoría de edad, en orden a la protección del desarrollo de su personalidad en el ámbito de sexual”⁴³.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a todos los individuos libertad para tomar decisiones respecto a su sexualidad y considera que algunos sujetos, con el fin de garantizar su normal desarrollo y bienestar, deben estar alejados de cualquier tipo de acto sexual, de manera que se consideran delictivos los actos de esta naturaleza que puedan mantenerse con ellos, aunque haya un aparente consentimiento. Esta explicación es la que lleva a formular como bien jurídico protegido la intangibilidad o indemnidad sexual⁴⁴, y tiene ese reconocimiento en la regulación penal de los delitos sexuales desde el año 1999, tal como se ha explicado con anterioridad. Este derecho no se reconoce explícitamente en la CE, pero está vinculado al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y al deber de protección de la infancia por parte de los poderes públicos.

En la actualidad, sigue existiendo una discusión doctrinal respecto al bien jurídico protegido en los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Para un sector doctrinal⁴⁵, la libertad sexual aparece como un bien jurídico merecedor de una específica protección penal, tiene su propia autonomía respecto de la libertad en general. Pero hay otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual. Esto ocurre con los delitos sexuales que recaen sobre menores o

⁴² Así lo considera, DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC* 6 (2000), 69.

⁴³ BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2ª, 2016, 390.

⁴⁴ Este concepto fue formulado en la doctrina española, en sustitución del de intangibilidad sexual, por COBO DEL ROSAL, en: COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal II*, 1983, 402.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 191-193; En el mismo sentido, entre otros, CARMONA SALGADO, *RDPC* 19 (2007), 176, quien considera incorrecto predicar la libertad sexual como interés tutelado en los abusos sexuales perpetrados sobre menores de trece años (ahora dieciséis) o sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse, ya que en tales hipótesis las víctimas, debido a la situación en la que se encuentran, no pueden ejercer válida ni eficazmente dicha libertad; MONGE FERNÁNDEZ, *AJM* 10 (2010), 55, cuando indica “Si tenemos en cuenta que la libertad sexual se va a entender como capacidad de autodeterminación sexual, y los menores e incapaces carecen, por definición de esta capacidad, en el caso de agresiones sexuales que afecten a menores e incapaces no podrá hablarse de libertad sexual, pues 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”.

personas con discapacidad necesitadas de especial protección (abusos y agresiones sexuales, exhibicionismo obsceno, pornografía, prostitución y corrupción de menores o personas con discapacidad). En estos delitos no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido, pues los sujetos pasivos sobre los que recaen tales acciones son personas que carecen de esa libertad. El bien jurídico se construye sobre el concepto de intangibilidad o, actualmente, de indemnidad sexual. Lo que se pretende es, en el caso de los menores, proteger su libertad futura, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto pueda decidir su comportamiento sexual con libertad (en el caso de las personas con discapacidad se busca evitar que sean utilizados como objetos sexuales)⁴⁶. Tanto la libertad como la indemnidad sexual deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales, pero para poder delimitarlos exactamente es necesario situarlos en un contexto valorativo de reglas que rigen en las relaciones sexuales con otras personas, es lo que también podríamos llamar moral sexual, no tratándose esta del bien jurídico protegido, al menos no el bien jurídico inmediato o directo, pero sí ha de ser tomada en cuenta para interpretar los tipos penales⁴⁷, por tanto, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual cuyo contenido específico es diferente del de libertad sexual, es el bienestar psíquico del menor que se refleja en el interés en que obtengan un adecuado proceso de formación y socialización, en su derecho al libre desarrollo en el ámbito de la sexualidad, para que pueda descubrir y comprender la sexualidad.

Sin embargo, otra corriente doctrinal⁴⁸ considera que en los delitos sexuales el bien jurídico protegido es la libertad sexual, independientemente de la edad del sujeto

⁴⁶ Así lo entiende MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2005, 40, quien considera que se pretende eliminar las posibles interferencias en el desarrollo de los menores para poder disfrutar de una vida sexual plena cuando lleguen a la edad adulta. En el mismo sentido, ya con anterioridad, GONZÁLEZ RUS, *CPC* 59 (1996), 332-333.

⁴⁷ Véase, GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 588-589; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 74; ORTS BERENGUER/ALONSO RIMO, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 30-32; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 191-193.

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *RDPC* 6 (2000), 69. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª, 2016, 201, quien considera que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual hay una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, pues se trata de delitos pluriofensivos (afectaría también, entre otros, a la integridad física y psíquica de la víctima), pero en todo caso, el principal bien jurídico protegido reside en la capacidad de la persona de decidir las prácticas sexuales que desea, como consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad; RAMOS VAZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 106, quien afirma: “siendo consciente tanto de los problemas que plantea el concepto bien jurídico como la merma en la capacidad crítica que supone su eliminación, si tuviese que postular uno para esta clase de infracciones, propondría, sin duda, como hace gran parte de la doctrina, la libertad sexual (aunque sea una libertad *in fieri*)”.

pasivo. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea capacidad de autodeterminación sexual su ejercicio efectivo, sino que la intervención pretende que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Por eso se puede afirmar que el DP tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están en condiciones de ejercerla.

En conclusión, todas las conductas sexuales que involucren a otras personas en contra de su voluntad pasan ser objeto de atención del DP.

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos de abusos y agresiones sexuales contra menores no ha sido objeto de discusión desde el punto de vista jurisprudencial, ya que se defiende con rotundidad que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual⁴⁹, entendiéndola en su sentido más amplio, pues su objetivo no es únicamente preservar el derecho al pleno desarrollo, formación y socialización del menor, sino que también quiere preservar su integridad moral y su libertad sexual futura.

Al preguntarse cuál es la finalidad perseguida por el legislador con la regulación actual de los delitos agrupados en el Título VIII (sobre todo respecto a los delitos que afectan a los menores de edad) da la sensación de que éste ha intentado proteger a los menores frente a cualquier conducta que pueda afectarles negativamente, presumiéndose que cualquier conducta tiene esa potencialidad negativa para dicho desarrollo. Lo que pretende garantizar es no solo el derecho al pleno desarrollo, formación y socialización del menor, sino que también quiere preservar su integridad moral y su libertad sexual futura, que “puede verse afectada por la producción de un atentado de naturaleza sexual en una fase temprana de su desarrollo caracterológico⁵⁰”, en definitiva, es “el derecho de menores y personas con discapacidad a no ser molestados, a no sufrir daño en el terreno sexual; aunque en rigor indemnidad significa estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”⁵¹.

2.- *Sujetos activo y pasivo*

El sujeto pasivo, del delito y de la acción, en ambos casos, es el mismo: el menor de dieciséis años. La explicación sobre el sujeto pasivo es muy breve pues el mismo está delimitado legalmente al menor de dieciséis años, siendo indiferente que sea varón o

⁴⁹ Reconocen la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, entre otras muchas, STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491); STS 109/2017, de 22 febrero (RJ 520); ATS 1189/2017, de 20 julio (JUR 246459); STS 434/2017, de 15 junio (RJ 2900). Asimismo, entienden que se debe preservar también la integridad moral y la libertad sexual futura de los menores la STS 97/2015, de 24 de febrero (RJ 1405). En el mismo sentido STSJ de Aragón 29/2017, de 14 diciembre (JUR 22938).

⁵⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 253.

⁵¹ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 172.

mujer. Obviamente, en los supuestos de acceso carnal por vía vaginal, el sujeto pasivo solo puede ser la mujer menor de dieciséis años.

Se alude aquí a la edad biológica, con independencia del grado de madurez psicológica que presente en cada caso.

En cuanto al sujeto activo, los delitos de abusos y agresiones sexuales son delitos comunes, esto es, el sujeto activo puede ser cualquier persona, tanto hombre como mujer, no requiriendo que la víctima sea de distinto sexo al del sujeto activo, es decir, en sus vertientes homosexual y heterosexual⁵² y que algunos autores denominan *sujeto activo diferenciado*⁵³.

Ya antes de la aprobación del CP 1995 se planteó la discusión doctrinal sobre si es posible que la mujer sea autora de las conductas de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. Un sector de la doctrina ha considerado que el delito no puede ser cometido por una mujer pues el acceso carnal exige que sea el hombre el que lo realice, por sí mismo y materialmente, la conducta de penetración sexual⁵⁴. Sin embargo, como la acción se describe como “consiste en acceso carnal”, esto permite concluir que comprende tanto la acción de penetrar como la de hacerse penetrar por órgano sexual masculino, consiguiendo en suma el acoplamiento de órganos sexuales, lo que significa que el acto material de la penetración puede realizarlo la mujer⁵⁵. En este sentido destaca el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 27 de mayo de 2005 que considera equivalente acceder carnalmente y hacerse acceder y, en consecuencia, se admite la autoría de la mujer.

Es importante determinar si los abusos y agresiones sexuales son o no delitos de propia mano. Son delitos de propia mano aquellos en los que el tipo exige que la conducta típica se realice personalmente, sin intermediarios, por lo que no cabría autoría mediata⁵⁶, pues la autoría mediata consiste en “la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento o, en la terminología del primer párrafo del art. 28 CP, en la

⁵² MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 87.

⁵³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.) *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 74.

⁵⁴ Así lo entiende BAJO FERNÁNDEZ, *La actualización del CP 1989*, 1989, 33-34; MUÑOZ CONDE, *EPC XIII* (1990), 280-281. Esta postura ya ha sido superada, como se explicará en el texto.

⁵⁵ Así lo consideraban, DÍEZ RIPOLLÉS, *EPC XIV* (1991), 52-53; BOIX ROIG/ORTS BERENGUER, *La reforma penal de 1989*, 1989, 143; en el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *JD 27* (1996), 52; GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 598; FARALDO CABANA, en: VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ALONSO RIMO/ROIG TORRES (dirs.), *Crímenes y castigos*, 2014, 298-299; RUBIO LARA, *PE*, 2017, 56.

⁵⁶ Definición dada por LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 179.

realización del hecho «por medio de otro del que se sirve como instrumento»⁵⁷. Requiere dos requisitos (siguiendo el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho): por un lado, determinar en virtud de qué se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento; el segundo, constatar que las acciones realizadas a través de otro son acciones de autoría, es decir, que el sujeto que actúa a través de otro determina el hecho⁵⁸.

Una parte de la doctrina⁵⁹ considera que no son delitos de propia mano, pues la conducta típica puede realizarse por un único sujeto activo (autoría directa), conjuntamente (coautoría) o por medio de otro que le sirva como instrumento (autoría mediata).

Sin embargo, otra corriente doctrinal⁶⁰ considera que la violación es un delito de propia mano porque exige que la conducta típica se realice personalmente, sin intermediarios. Por otro lado, entienden que no serían delitos de propia mano los tipos básicos de abusos o agresiones sexuales pues admiten la posibilidad de obligar al sujeto pasivo a realizar o soportar actos sexuales, y ello se puede conseguir utilizando a terceros en la violencia⁶¹.

Así, los tipos básicos de abusos y agresiones sexuales no son delitos de propia mano, pues admiten la posibilidad de obligar al sujeto pasivo a realizar o soportar actos sexuales y esto se puede conseguir utilizando a terceros en la violencia⁶².

En esta cuestión sobre si los delitos de abusos y agresiones sexuales son o no delitos de propia mano se ha podido ver afectada por la reforma de 2015, al menos en el caso de víctimas menores de edad, desde el momento en que se han tipificado conductas como compeler al menor a participar en actos sexuales con un tercero o consigo mismo, o determinar al menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

Desde el punto de vista jurisprudencial, las agresiones sexuales con acceso carnal no son delitos de propia mano, por lo que admite tanto la coautoría como la autoría mediata⁶³.

⁵⁷ Sobre la autoría mediata, véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ 10* (2008), 21

⁵⁸ Esta es la teoría defendida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ 10* (2008), 21.

⁵⁹ De esta opinión, MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 149.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 177-178.

⁶¹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 177-178.

⁶² LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 179.

⁶³ Véase, entre otras, STS 1903/1994, de 2 noviembre (RJ8386); STS 267/2008, de 23 mayo (RJ 3608).

Los supuestos de actuación conjunta de dos o más personas plantean problemas pues resulta necesario decidir si son supuestos de coautoría o de autoría y participación, en particular, de cooperación necesaria. La delimitación está condicionada por el concepto de autoría que se mantenga. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor y partícipe y se concreta de diversas formas, aunque normalmente el autor es quien realiza el tipo, el partícipe tiene una intervención secundaria y accesoria de la del autor⁶⁴.

Tomando como teoría de referencia la de la determinación objetiva y positiva del hecho, la coautoría supone la ejecución conjunta del hecho, con aportaciones significativas de los coautores al resultado, teniendo cada uno de ellos el dominio funcional del hecho, colaborando con alguna aportación objetiva y causal, efectivamente dirigida a la consecución de un fin conjunto⁶⁵. Supone, por tanto, la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho (pues si hay varios autores y cada uno de ellos cumple individualmente los requisitos de la autoría se trataría de un supuesto de pluriautoría)⁶⁶.

Por otro lado, la cooperación necesaria y la complicidad tienen un carácter subordinado a la acción del autor. La primera se trata de una contribución determinante al hecho de otro en cuya ejecución coopera (si la participación no es muy relevante hablaríamos de complicidad). Ninguna de estas dos personas tiene el dominio del hecho pues de ser así no se trataría de participación, sino de autoría⁶⁷.

La doctrina consolidada del TS⁶⁸ entiende que, en los supuestos de abusos y agresiones sexuales, cuando hay pluralidad de intervinientes atribuye a cada uno de ellos, además de su propia acción, la del resto de los intervinientes por medio de la figuras de la cooperación necesaria o de la complicidad. Así, en la STS 786/2017, de 30 de

⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ 10* (2008), 14.

⁶⁵ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, *De los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores*, 2011, 219, quien indica que “al no tratarse de un delito de propia mano cabe también la coautoría, es decir, la actuación conjunta por dos o más personas. En el caso más problemático de que sea un sujeto el que aplique la violencia o intimidación, y otro distinto el que realiza los actos materiales de carácter sexual, ambos son coautores”.

⁶⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ 10* (2008), 30.

⁶⁷ Así lo establece la STS 235/2012, de 4 de mayo (RJ 5990).

⁶⁸ Así lo entienden la STS 1142/2009, de 24 noviembre (RJ 7913); STS 246/2017, de 5 abril (RJ 1368); STS 786/2017, de 30 noviembre (RJ 5658), en la que se indica “llegados a dicho lugar, la amenazaron mediante la exhibición de una navaja con el fin de anular su capacidad de resistencia, lo que consiguieron, de modo que ambos individuos procedieron sucesivamente a penetrarla en su vagina, en contra de su voluntad, primero uno, mientras el otro vigilaba y viceversa (...) No puede cuestionarse, ni mucho menos negarse la respectiva condición de cooperador necesario que cada uno tuvo en la violación que ejecuto el otro, y por lo mismo, cada uno de los condenados, es autor material de la agresión sexual consumado por él, y colaborador necesario de lo consumado por el otro porque existió una aportación objetiva, causal y eficaz de cada uno a que el otro consumase la violación”.

noviembre el TS apreció que si cabe la figura de la cooperación necesaria y de la coautoría pues dependiendo de si el sujeto tiene el dominio o no del hecho será considerado coautor o cooperador necesario.

Un tema ampliamente debatido en doctrina, en menor medida en la jurisprudencia, es si este delito se puede cometer en comisión por omisión, construcción dogmática referida a los delitos de resultado, tal como dispone el art. 11 CP.

La cuestión controvertida se plantea respecto a la autoría y la participación en comisión por omisión en los delitos de abusos y agresiones sexuales. La comisión por omisión o comisión impropia es aquella en la que mediante el incumplimiento de un deber de actuación positiva realmente se realiza un delito comisivo, infringiendo una norma penal prohibitiva de determinadas conductas que produzcan resultados no deseados o, prohibitiva de conductas, sin resultado separado y distinto, pero lesivas de un bien jurídico⁶⁹.

La discusión doctrinal viene referida a la autoría y en ella influye la discusión previa de si son delitos de mera actividad o delitos de resultado⁷⁰, pues, como se acaba de mencionar, la regulación del art. 11 CP está referida solo a delitos de resultado.

Cuestión distinta es la participación en comisión por omisión. Aquí la doctrina y, sobre todo la jurisprudencia, no ve problemas en castigar la cooperación necesaria en comisión por omisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la participación en comisión, esto es, cuando esa omisión equivalga a la participación activa, por tanto, suponga colaborar, ayudar, facilitar al autor la realización del hecho típico.

⁶⁹ Así lo entiende LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 593.

⁷⁰ Así, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 177-178, considera que el delito de violación es un delito de mera actividad.

Para la aplicación del art. 11 CP es necesario que se den tres elementos en la parte objetiva⁷¹: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo⁷².

Para que haya auténtica comisión por omisión es necesario que, además de la posición de garante, se cumpla el criterio de equivalencia entre acción y omisión o, expresado en términos del art. 11 CP, que la omisión o no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación⁷³. La posición de garante puede surgir por disposición inmediata de la ley o de los contratos y cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídico por una acción u omisión anterior.

Como se ha comentado anteriormente, desde el punto de vista jurisprudencial la discusión no se plantea, eso sí, porque los casos resueltos judicialmente están referidos a la participación en comisión por omisión (no a la autoría, por tanto).

⁷¹ En este sentido destaca la STS 17/2017, de 20 de enero (RJ 331), en la que se consideran hechos probados que el procesado mantuvo relaciones consentidas con la madre de las menores de trece años entre 2006 y 2007. En ocasiones la madre acudía acompañada de su hija momentos en los que el procesado la obligaba a pasar al asiento trasero del coche (o al delantero en los momentos en los que llevaba un vehículo biplaza) donde, guiado por la intención de satisfacer sus deseos libidinosos le realizaba a la menor de trece años, tocamientos en pechos, vulva, le obligaba a que le chupara el pene y en una ocasión le bajó los pantalones y la penetró vaginalmente, todo ello en presencia y con el consentimiento de su madre. Esta misma situación se produjo entre 2010 y 2011 con otra de sus hijas. En esta Sentencia se indica: “A diferencia de la comisión activa, la comisión por omisión requiere la preexistencia de una situación de compromiso de protección para la conformación del comportamiento típicamente relevante; el juicio de imputación objetiva se configura de modo distinto en un caso u otro (...)./Pues bien, para determinar la prevalencia de la comisión o de la omisión eventualmente concurrente deben tenerse en cuenta, además de la existencia de causalidad, los restantes aspectos de la imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho antijurídico./Así cuando en la conducta se aprecian tantos elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejerció ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad; concurriendo ambos -como unidad natural de comportamiento- cuando sean igualmente graves, en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos y que los bienes jurídicos lesionados por aquellas sean distintos también, entrará en juego un concurso./Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquella, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado, el único comportamiento jurídico penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica”. El TS entendió que la madre era cooperadora necesaria mediante comisión por omisión impropia de dos delitos continuados de abuso sexual con acceso carnal vaginal y bucal sobre las menores de 13 años, teniendo en cuenta que la acusada “ejercía un papel activo de facilitadora del abuso sexual, no solamente concretando las citas a las que llevaba a las menores sino incluso, insistiendo a las niñas para que se sometiesen a las prácticas sexuales propuestas por el otro acusado”.

⁷² NÚÑEZ PAZ, *Los delitos de omisión*, 2016, 21.

⁷³ CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2016, 983, quien considera que, en los delitos de abusos y agresiones sexuales, cabe la comisión por omisión siempre que se den los elementos del art. 11 CP, es decir, cuando al infringir un especial deber jurídico, la no evitación del resultado equivalga a su causación. Se equipara la omisión a la acción cuando existe una específica obligación legal o contractual de actuar y cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión anterior.

3.- El elemento subjetivo

La postura jurisprudencial tradicional⁷⁴ exigía el ánimo libidinoso por parte del sujeto activo para entender realizada la conducta. Así, el elemento subjetivo (el ánimo libidinoso o propósito de obtener la satisfacción sexual a costa de otro) era el que determinaba la antijuridicidad de la conducta. Ésta exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto ejecutado, lo que conlleva ser consciente de la afectación del bien jurídico protegido, no pudiendo descartar la posibilidad de ejecución cuando la conducta, por su propia naturaleza o contenido, es claramente atentatoria contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

En la actualidad la jurisprudencia exige dolo, despojado ya de cualquier elemento subjetivo adicional. Para afirmar el dolo basta con el conocimiento de que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar de forma negativa a la libertad o indemnidad sexual de la víctima⁷⁵.

Si desde el punto de vista jurisprudencial era mayoritaria la exigencia de este elemento subjetivo especial, no ha sucedido lo mismo desde el punto de vista doctrinal. Algunos autores⁷⁶ consideran que tanto los abusos como las agresiones sexuales no tienen elemento subjetivo alguno, se conforman solo con el dolo, si bien es cierto que determinadas acciones, distintas al acceso carnal, requieren que exista dicho ánimo, pues de esta manera se pueden diferenciar algunas situaciones de abuso (tocamientos en la zona genital) de otras perfectamente lícitas (revisión ginecológica) siendo posible resolver la cuestión, en la mayoría de los casos, acudiendo a elementos ajenos al elemento subjetivo (por ejemplo, al seguimiento de la *lex artis*). En el supuesto del acceso carnal el carácter sexual es evidente en la conducta del sujeto y, por tanto, no es necesario el elemento subjetivo⁷⁷. Lo importante es que se lleven a cabo los hechos sexuales, independientemente de que el autor se excite sexualmente o no, pretenda satisfacer algún tipo de instinto o su intención sea humillar a la víctima⁷⁸.

⁷⁴ Véanse entre otras muchas, la STS 231/2015, de 22 de abril. Aplican esta doctrina jurisprudencial, entre otras, SAP Islas Baleares 23/2017, de 28 de marzo (JUR 117988); SAP Granada 194/2016, de 5 de abril; SAP Salamanca 17/2017, de 29 de septiembre (JUR 310498); SAP Orense 326/2017, de 25 de octubre.

⁷⁵ CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, 2016, 23.

⁷⁶ Así lo consideran, entre otros, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 62; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 482 s.; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 194. De esta manera algunos actos que podrían subsumirse en la conducta típica no lo son al carecer de ese ánimo (por ejemplo, los realizados por un ginecólogo o un urólogo en consulta).

⁷⁷ ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 62; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 194.

⁷⁸ GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 483.

4.- Declaración del sujeto pasivo

En este tipo de delitos la declaración del sujeto pasivo es, en muchos casos, la única prueba de cargo debido a que los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se producen normalmente de manera clandestina sin otros testigos presenciales que la propia víctima⁷⁹. En estos casos hay otro elemento adicional problemático, la víctima es menor de dieciséis años, pero pueden ser de edades más bajas (se plantean supuestos de menores con edad inferior a los cuatro años).

Cuando los abusos o agresiones sexuales se cometen con niños de corta edad es práctica habitual (aunque no obligatoria) la declaración del menor ante expertos (normalmente psicólogo o psiquiatra forense). El objetivo es, por un lado, obtener la información más precisa posible sobre los hechos, con un grado de sensibilidad que impida una excesiva victimización y, por otro, que los expertos estén en condiciones de afirmar la fiabilidad del testimonio obtenido de los menores, es decir, si reúne los requisitos de verosimilitud suficiente que permita considerar los hechos como reales y poder desvirtuar el principio de presunción de inocencia⁸⁰.

Tanto la jurisprudencia del TC como la del TS⁸¹ consideran que puede bastar el testimonio de la víctima para enervar la presunción de inocencia cuando sea la única prueba disponible. Para ello es fundamental la valoración de la credibilidad del relato del sujeto pasivo, siendo necesarios tres elementos para poder llevar a cabo esta valoración: la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre el sujeto y la víctima (excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio generando una incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada sobre bases firmes), la verosimilitud del testimonio o credibilidad objetiva (debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria) y la persistencia y firmeza en la incriminación (debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones, siempre que las mismas no vayan más allá de diferencias de matiz explicables por el transcurso del tiempo).

⁷⁹ Así lo reconocen entre otras muchas, STS 111/2012, de 19 de febrero; SAP Orense 326/2017, de 25 de octubre (JUR 291035).

⁸⁰ Para más detalles, CANO CUENCA, en: ROIG TORRES (dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual*, 2014, 90-91.

⁸¹ Véanse entre otras muchas, STC 211/1991, de 11 de noviembre (RTC 211); STC 229/1991, de 28 de noviembre (RTC 229); STC 195/2002, de 28 de octubre (RTC 195); ATC 175/2007, de 27 de febrero (RTC 175); ATS 111/2012, de 12 de enero (RJ 62009); STS 103/2012, de 27 de febrero (RJ 2965); STS 61/2014, de 3 de febrero (RJ 818); STS 256/2014, de 18 de junio (RJ 3963); STS 490/2015 de 25 de mayo (RJ 3644); STS 112/2016, de 19 febrero (RJ 708); STS 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722).

La deficiencia en alguno de los parámetros no invalida la declaración, pero debe compensarse con el reforzamiento del resto. La superación de los parámetros de contraste de forma deficiente impide que la declaración, como única prueba, pueda ser apta para desvirtuar la presunción de inocencia⁸².

En la prueba testifical, cuando la declaración es de un menor, es necesario extremar la cautela, en especial en delitos de abusos y agresiones sexuales en el ámbito familiar, pues por su edad y escasa madurez pueden resultar influenciados. Por eso es necesario adoptar las medidas que contribuyan a asegurar que el testimonio del menor “se preste en las mejores condiciones de libertad y espontaneidad, sin merma de las garantías del acusado”⁸³. Por eso tienen especial relevancia las periciales psicológicas y psiquiátricas, especialmente cuando los acusados son personas próximas a los menores, en muchos casos los padres, pues la separación de los mismos (como medida preventiva por parte de la Administración cuando hay indicios de delito) puede llevar al menor a la retractación de su declaración en el juicio oral⁸⁴.

5.- *Problemas concursales: el delito continuado*

En materia de concursos hay dos temas que son objeto de especial atención: en primer lugar, la aplicación del concepto de unidad de acción para determinar si se cometen uno o varios delitos de abusos o agresiones sexuales (discusión que se produce en los casos en los que la víctima ha sido objeto de varios actos sexuales en un breve espacio temporal) y, en segundo lugar, sobre la aplicabilidad del delito continuado.

En relación con la primera cuestión, en el debate se plantea la construcción y aplicación del concepto de unidad de acción, deduciendo de ello que habrá una sola acción y, consecuentemente, un único delito.

Existe cierto consenso doctrinal respecto a los elementos necesarios para la aplicación de la construcción de unidad natural de acción, así, desde el punto de vista objetivo se requiere que los hechos que se lleven a cabo tengan una cierta unidad espacio-temporal y que se pueda sostener la existencia de un *injusto unitario*. Desde la perspectiva subjetiva se requerirá *unidad de culpabilidad*⁸⁵. La concurrencia de estos elementos

⁸² Ejemplificativa de esta cuestión es STS 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722).

⁸³ En este sentido, véanse entre otras muchas, STS 168/2014, de 6 marzo (RJ 1888); STS 111/2016, de 19 febrero (RJ 598); STS 200/2016, de 10 marzo (RJ 835); SAP Málaga 10/2010, de 7 de enero (JUR 238385); SAP Granada 194/2016, de 5 de abril (JUR 224083); SAP Madrid 147/2017, de 4 abril (JUR 145110); SAP Madrid 32/2018, de 1 febrero (JUR 32913).

⁸⁴ SOLAZ SOLAZ, en: ROIG TORRES (dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual*, 2014, 71-74.

⁸⁵ Respecto a la unidad de acción, véase, entre otros, CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, 26, quien describe las principales figuras que pueden dar lugar a una unidad de acción: unidad de acción en sentido natural, unidad típica de acción y unidad natural de acción.

reviste cierta dificultad por la ambigüedad de su formulación. Así, la unidad espacio-temporal requiere que los actos que componen la unidad se desarrollen en un reducido espacio de tiempo, de forma que puedan ser vistos por un tercero imparcial como una unidad. Por otro lado, la unidad de injusto implica que para proceder a aplicar esta figura es necesario que, con la repetición del comportamiento típico la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico solo llegue a experimentar una progresión cuantitativa, de forma que el resultado de ese comportamiento debe poder ser definido como un resultado delictivo conjunto. Por último, requiere unidad de culpabilidad, expresión referida a la necesidad de que concurra una situación motivacional unitaria, lo que se denomina unidad de voluntad, que no debe referirse necesariamente a un fin concreto del autor⁸⁶.

Existirá unidad de acción cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y el espacio. Estas acciones u omisiones deben poder reconocerse objetivamente y tener una vinculación de significado que permite una unidad de valoración jurídica y, en consecuencia, ser juzgadas como una sola acción⁸⁷. Este concepto atiende al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que “la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real”⁸⁸, no pudiendo hablar de unidad de acción cuando los hechos denotan persistencia, reiteración y habitualidad.

Dicho en otros términos, “existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio”⁸⁹.

⁸⁶ CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, 26-28.

⁸⁷ Es el concepto de unidad de acción utilizado, entre otras en la STS 354/2014, de 9 mayo (RJ 2480); STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491); STS 826/2017, de 14 diciembre (RJ 5445).

⁸⁸ Así lo indican, entre otras, la STS 354/2014, de 9 mayo (RJ 2480); STS 560/2014, de 9 de julio (RJ 4030); STS 826/2017, de 14 de diciembre (RJ 5445); STS 125/2018, de 15 de marzo (RJ 1547).

⁸⁹ Es el concepto de unidad de acción utilizado, entre otras, en la STS 354/2014, de 9 mayo (RJ 2480); STS 909/2016, de 30 de noviembre (RJ 6464); STS 826/2017, de 14 diciembre (RJ 5445), en la que, partiendo del concepto anteriormente expresado de unidad de acción, el TS no pudo apreciar la misma, pues los hechos, ocurridos entre marzo y diciembre de 2015, consistentes bien en la realización de felaciones al menor mientras dormía (negándose este cuando se despertaba y siendo amenazado con hacer daño a su madre y a su hermana) bien en la petición de que le penetrara analmente, negándose el menor en todas las ocasiones excepto en una (por el miedo provocado por las amenazas), denotan una persistencia, reiteración y habitualidad en la conducta del recurrente que impide hablar de unidad de acción.

En relación con la segunda cuestión, ha de citarse lo dispuesto en el art. 74.3 CP, que establece dos excepciones para admitir la aplicación del delito continuado en delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales: las infracciones contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo⁹⁰.

La jurisprudencia rechaza, con carácter general, la aplicación del delito continuado en los delitos sexuales, pues afecta a bienes jurídicos eminentemente personales, admitiendo su uso de manera restrictiva⁹¹. Para que pueda apreciarse tienen que darse una serie de requisitos, tal como dispone el art. 74.1 CP⁹²: la continuidad delictiva requiere que las infracciones sean semejantes (no idénticas), es necesario que la repetición de los actos de agresión o abuso sexual entre los mismos sujetos se prolongue durante el tiempo y tengan lugar bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento, especialmente cuando los abusos se producen sobre menores por personas de su entorno familiar en los que no sea posible identificar las fechas, las ocasiones y el número de acciones abusivas cometidas, ya que estas agresiones comienzan a una edad temprana y los menores no pueden identificar el número de veces ni la fecha exacta en la que se han producido los abusos.

Si los actos sexuales repetidos son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso la voluntad del sujeto pasivo estaremos ante un concurso real de delitos.

La doctrina tampoco es unánime respecto a la aplicación del delito continuado en los abusos y agresiones sexuales. Un sector doctrinal considera que no es posible la aplicación de la continuidad delictiva en las agresiones sexuales⁹³, pues entienden que si la intención del legislador hubiera sido que se pudiera aplicar a cualquier atentado contra la libertad e indemnidad sexuales no habría añadido al art. 74.3 CP la aclaración que establece que, en estos supuestos, se deberá atender “a la naturaleza del hecho y al precepto penal infringido”, entendiéndose que si se incorporó esta cláusula fue porque la

⁹⁰ En el Proyecto de Reforma del CP, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013, se planteó la posibilidad de hacer desaparecer esta figura para los delitos sexuales, aunque finalmente no se modificó.

⁹¹ Así lo afirma CANCIO MELÍA, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2016, 983.

⁹² Estos requisitos son enumerados entre otras muchas, en la STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491); STS 582/2015, de 7 octubre (RJ 4405); STS 48/2017, de 2 de febrero (RJ 570); STS 125/2017, de 27 de febrero (RJ 1638); STS 125/2017, de 27 febrero (RJ 1638); STS 43/2018, de 25 enero (JUR 29616); SAP Barcelona 11/2018, de 15 de enero (JUR 16243).

⁹³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª, 2010, 229. Asimismo, ya con anterioridad, DURÁN SECO, *Revista quincenal TSJ y AP* 12 (1998), 11; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, 2000, 81.

intención del legislador era “poner de manifiesto que si además de ese ataque a la libertad sexual se produce otro ataque a un bien jurídico personalísimo no es posible aplicar la continuidad delictiva”⁹⁴. Por tanto, este sector doctrinal recurre al carácter pluriofensivo del delito de agresiones sexuales para fundamentar su negativa a la aplicación del delito continuado, o, en todo caso, al hecho de que este delito requiere como medio comisivo la intimidación o la coacción, esto es, medios comisivos que, por sí mismos, suponen un atentado contra un bien jurídico eminentemente personal no incluido en la cláusula de excepción, la libertad. Además, sobre todo cuando se trata del uso del medio coactivo en la agresión o en la violación, se ve afectada la libertad o indemnidad sexual, pero también otros bienes jurídicos eminentemente personales, como la integridad física y la salud⁹⁵. Esto se traduce en la posibilidad de aplicar el delito continuado a los delitos de abusos sexuales, pero no sería posible aplicarlo en los delitos de agresiones sexuales pues en este caso se produce, además, una lesión a otros bienes jurídicos personales.

Por otro lado, otro sector doctrinal considera que los delitos de abusos y agresiones sexuales están destinados a proteger la libertad sexual, siendo la violencia y la intimidación, en el caso de las agresiones sexuales, medios comisivos. Ambos delitos tienen una estructura similar y protegen el mismo bien jurídico, por lo que sí cabe la posibilidad de aplicar el delito continuado⁹⁶.

Un tema de especial relevancia desde la perspectiva del delito continuado lo plantea el relativo al ámbito temporal de la ley⁹⁷. Es decir, debido a los constantes cambios que se han producido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales es posible que los hechos se hayan cometido bajo la vigencia de diversas regulaciones. En estos casos el TS entiende que “al existir una continuidad, la Ley aplicable es la que está

⁹⁴ Así lo considera DURÁN SECO, *Revista quincenal TSJ y AP 12* (1998), 11.

⁹⁵ DURÁN SECO, *Revista quincenal TSJ y AP 12* (1998), 9. En el mismo sentido, ya con anterioridad, CANTARERO BANDRÉS, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, 1990, 118.

⁹⁶ En este sentido, CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, 57, quien recoge y comparte la postura de Díez Ripollés, en: Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.) en: *Comentarios al CP PE II*, 2004, 385.

⁹⁷ Para más información sobre la problemática del delito continuado y los problemas que provoca en materia de retroactividad o irretroactividad de la ley penal, véase, entre otros, LUZÓN PEÑA, *PG. 3ª*, 2017, 106 y ss., quien considera que la precisión del tiempo de comisión del delito puede ser problemática cuando la realización se prolonga en el tiempo o cuando la figura requiere –o al menos se prevé como alternativa– la prolongación temporal, como sucede en el delito continuado, formado como un solo delito a partir de sucesivas acciones delictivas idénticas o similares. La determinación de cuándo se entiende cometido el delito (si en el momento del acto o en el de producirse el resultado, y si en el primer acto o en los últimos actos) tiene trascendencia en caso de sucesión de leyes a efectos de retroactividad o irretroactividad de la ley posterior.

en vigor cuando los abusos cesan”⁹⁸. Una solución muy simplista y que, aunque no se puede entrar a analizar con detalle en este trabajo, puede llevar en ocasiones a la aplicación retroactiva de la legislación posterior desfavorable como consecuencia de la aplicación de esa construcción sobre el momento de comisión del delito continuado.

V.- CONDUCTAS TÍPICAS (ARTS. 183 Y 183 BIS CP)

En los arts. 183 y 183 bis CP se han descrito diferentes conductas constitutivas de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años utilizando como denominación la terminología empleada en la rúbrica del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP.

La reforma operada en el año 2015 ha supuesto la introducción de conductas de abusos y agresiones que, literalmente al menos, no están previstas para los casos de víctimas mayores de dieciséis años (en los arts. 178 a 182 CP).

Como se ha comentado anteriormente, los abusos y agresiones sexuales son delitos de mera actividad, pues el tipo solo requiere una determinada conducta activa, sin necesidad de un resultado distinto a aquella⁹⁹. Se consuman en el momento en el que se materializa el contacto o la acción sexual de la que se trate. En todo caso, jurisprudencialmente se admite la tentativa, en su modalidad inacabada¹⁰⁰, pues cuando el sujeto realiza actos externos tendentes directamente a que la víctima lleve a cabo un comportamiento de naturaleza sexual en contra de su voluntad da comienzo la ejecución, comportamiento que de proseguir finalizaría con la consumación del delito.

A continuación se van a explicar las distintas conductas tipificadas en los arts. 183 y 183 bis CP.

⁹⁸ Así lo ha afirmado en el ATS 263/2014, de 2 de febrero (RJ 1569). Considera el TS que, al cometerse los hechos durante el año 2010 y hasta febrero de 2011 (tras la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 5/2010) y dada la continuidad delictiva, es la regulación vigente en el momento en el que cesó el delito la que debe aplicarse al caso; en el mismo sentido, STS 163/2005, de 11 octubre (RJ 8490). También este problema se ha planteado en la jurisprudencia menor: véase en la SAP Islas Baleares 101/2014, de 10 octubre (ARP 1482); SAP La Rioja 151/2015, de 17 diciembre (JUR 39609).

⁹⁹ Sobre esta cuestión, véase, entre otros, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 107.

¹⁰⁰ El TS admite la tentativa (inacabada) en los delitos de abusos y agresiones sexuales. Véase, a modo de ejemplo, la STS 103/2012, de 27 de febrero (RJ 2965); STS 490/2015, de 25 de mayo (RJ 3644) en la que el TS considera tentativa de abuso sexual los intentos de tocamiento por encima de la ropa, no consumados por el rechazo de la víctima; STS 612/2016, de 8 julio (RJ 6538), estima que hay tentativa de agresión sexual con acceso carnal cuando el acusado empuja a la víctima encima de la cama y se tira sobre ella, la besa, desnuda y manosea, diciéndole a gritos que tenía que hacerle una felación, no consiguiendo su propósito ya que, ante la oposición de aquélla, finalmente la deja irse; asimismo puede afirmarse que hay ánimo de penetración cuando el sujeto se ha desabrochado el pantalón y bajado la cremallera en el curso de la actuación violenta realizada para obtener el forzamiento.

1.- Abusos sexuales (art. 183.1 CP)

La conducta de abusos sexuales se describe en el art. 183.1 CP como la realización de *actos de carácter sexual* con un menor de dieciséis años.

La definición de la conducta de abuso sexual se hace de manera negativa: es una conducta sexual que no se subsume en el art. 183.2 CP y tampoco en el art. 183 bis CP.

Consiste en la realización de actos sexuales con un menor de dieciséis años, sin su consentimiento y sin violencia o intimidación, es, por tanto, la ausencia de violencia e intimidación lo que la diferencia de las agresiones sexuales¹⁰¹.

La conducta típica se describe de manera novedosa, pues hasta la reforma de 2015 el art. 183.1 CP castigaba la realización de actos sexuales que atentasen contra la indemnidad del menor (de trece años), no la realización de actos sexuales.

Para un sector doctrinal¹⁰² la modificación es irrelevante, pues consideran que la modificación de la descripción de la conducta típica no tiene gran trascendencia y entienden que el cambio de redacción es positivo, ya que evita el término indemnidad sexual (alejado de la realidad social) que puede conllevar cierto riesgo de inseguridad jurídica.

Otra opinión mantiene otro sector de la doctrina¹⁰³, para el que dicho cambio sí tiene trascendencia, pues ha supuesto la modificación de la conducta típica. Con la anterior redacción, al requerirse que los abusos consistieran en la realización de actos que atentaran contra la indemnidad sexual de los menores, permitía “centrar el contenido del injusto de las infracciones exclusivamente en la indemnidad sexual, lo que hacía lógico deducir que los menores de trece (hoy dieciséis), no se les consideraba titulares de la libertad sexual en sentido estricto, o al menos no se les reconocía la posibilidad de su normal ejercicio”¹⁰⁴, de manera que lo relevante no era la realización de actos de carácter sexual con un menor de edad (entonces trece años), sino que debían tener una

¹⁰¹ Así lo reconocen, por todos, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 2ª, 2016, 189; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 103.

¹⁰² De esta opinión, entre otros, DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 672; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal*, 2015, 427; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 579, quien considera que no tiene mayor trascendencia dejar de nombrar uno de los posibles bienes jurídicos protegidos; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2ª, 2016, 391, quien entiende que la modificación es irrelevante teniendo en cuenta cual es el bien jurídico protegido y el necesario contenido sexual de los actos a realizar.

¹⁰³ Véanse, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP*, 2015, 517; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 257; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 103.

¹⁰⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 257.

significación y gravedad que constituyeran un atentado contra la indemnidad sexual quedando, por tanto, excluidos aquellos que, siendo queridos por el menor en su iniciación a la sexualidad, no tuvieran entidad suficiente como para entender que afectasen al desarrollo y formación de su personalidad. La redacción actual no hace referencia al bien jurídico protegido (la indemnidad sexual) y los comportamientos no tienen que suponer un atentado por lo que se amplía en exceso el concepto de abuso sexual a menores¹⁰⁵. No obstante, frente a esta objeción cabe matizar que, por aplicación de uno de los principios limitadores del *ius puniendi*, todo delito debe proteger un bien jurídico (en el caso de los abusos y agresiones sexuales, como se ha indicado ya, la libertad o la indemnidad sexual), siendo el objeto de tutela un elemento a tener muy presente en la labor de interpretación de los distintos tipos penales. Significa esto que, aun cuando en el art. 183.1 CP se haya eliminado la referencia a la indemnidad sexual, en la interpretación de qué conducta es considerada acto sexual ha de tenerse en cuenta este bien jurídico para averiguar este significado, pues ha de tratarse de una conducta capaz de afectar la libertad sexual, para quienes defienden que este es el bien jurídico, o la indemnidad sexual, o el proceso de formación en materia sexual, para quienes defienden esta otra postura interpretativa.

Es necesario plantearse si la acción típica exige la existencia de contacto físico entre los sujetos que intervengan, siendo diversas las opiniones doctrinales: la doctrina mayoritaria¹⁰⁶ considera que no es necesario que se produzca contacto físico, ya que puede haber prácticas sexuales en las que no se produzca contacto¹⁰⁷. Otro sector doctrinal¹⁰⁸ considera que la conducta sí debe implicar algún contacto entre los sujetos, pues de lo contrario estaríamos en alguno de los supuestos del art. 183 bis CP¹⁰⁹.

A la vista de la inconcreción de la conducta típica (anteriormente atentar contra la indemnidad sexual, ahora realiza actos de carácter sexual), tradicionalmente la

¹⁰⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 257; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 103.

¹⁰⁶ ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 123; GÓMEZ TOMILLO, *RECPC 07-04* (2005), 4-5; MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 97 y ss.

¹⁰⁷ A modo ejemplificativo, cuando un menor se desnuda delante de un adulto realizándose algún tocamiento propio mientras el adulto se masturba.

¹⁰⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *RDPP* 32 (2013), 236-237; TAMARIT SUMALLA en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma Penal*, 2015, 427; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 116-118.

¹⁰⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 447, quien consideraba que la redacción anterior del art. 183.1 CP no exigía la existencia de contacto corporal, pero con la modificación e introducción del art. 183 bis CP sí es necesario este contacto.

jurisprudencia¹¹⁰ ha establecido que la figura del abuso sexual estaba integrada por tres requisitos:

a) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual.

b) Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual.

c) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

Esta postura jurisprudencial ha sido modificada recientemente, como ya se ha comentado anteriormente, para prescindir del elemento subjetivo especial o específico en el abuso sexual. Ahora solo se exigen los dos primeros requisitos o elementos¹¹¹: el elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual y que sea ejecutado por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, así como con maniobras que realice sobre el cuerpo del primero, siempre que se impongan a incapaces de determinarse en el ámbito sexual.

Elemento esencial para la descripción de la conducta típica es que haya un contacto o tocamiento corporal en una zona que tenga connotación sexual¹¹². Existen

¹¹⁰ Véase entre otras muchas, la STS 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208). Aplican esta doctrina jurisprudencial, entre otras, la SAP Granada 194/2016, de 5 de abril; SAP Islas Baleares 23/2017, de 28 de marzo (JUR 117988); SAP Salamanca 17/2017, de 29 de septiembre (JUR 310498): considera que la conducta se puede integrar en el tipo de abusos sexuales, “ya que se ha producido el elemento objetivo referido, concretado en el hecho de efectuar un tocamiento prologando en los pechos de la niña, es decir no solo un breve “toque”, sino unos tocamientos que duraron varios segundos por otra parte existe un claro ánimo libidinoso en toda la conducta llevada a cabo por Teodulfo que no podemos olvidar que buscó y planificó la situación creada de quedarse a solas con la niña, ya que después de hablar con ella en la calle la insistió de manera reiterada para que entrara en la vivienda, tampoco podemos olvidar que a los tocamientos precedió la frase “te están creciendo las tetitas”, expresión de claro contenido sexual”; SAP Orense 326/2017, de 25 de octubre.

¹¹¹ Así lo indica la STS 547/2016, de 22 junio (RJ 2821), cuando dice: “La doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción”; en el mismo sentido: STS 415/2017, de 8 junio (RJ 2909); ATS 1442/2017, de 2 noviembre (JUR 29473); Esta doctrina jurisprudencial es aplicada, entre otras, en la SAP Islas Baleares 28/2017, de 25 abril. (ARP 1104); SAP Cádiz 169/2017, de 12 junio (JUR 305601); SAP Madrid 334/2017, de 20 julio (JUR 23976).

¹¹² Véase, ejemplificativas de esta cuestión la STS 702/3013, de 1 de octubre (RJ 7327), que, a este efecto, considera conductas de abuso sexual los tocamientos con ánimo lúbrico por encima de la ropa en glúteos, pecho o genitales. Otros ejemplos: STS 928/1999, de 4 de junio (RJ 5463) que considera abusos sexuales los contactos breves o elementales en los que haya ánimo lascivo; STS 87/2011, de 11 de febrero (RJ 1938): tocamientos en zonas erógenas con inequívoca significación lúbrica; STS 737/2014, de 18 de noviembre

supuestos que plantean problemas, pues dependiendo de cómo se produzcan pueden ser o no considerados abuso sexual, pues se trata de conductas que no revisten objetiva e inequívocamente este carácter, debido a que son un comportamiento frecuentes en determinados ámbitos familiares y sociales, no implicando siempre connotaciones sexuales, siendo necesario valorar en cada caso las circunstancias concurrentes¹¹³.

Dada la indeterminación de la conducta descrita hasta ahora, al menos sí se exige que, como mínimo, exista contacto corporal entre autor-víctima en una zona que tenga connotación sexual. Esto explica que la jurisprudencia tradicional exigiera para su concreción o delimitación el ánimo lúbrico o lascivo (y en la actualidad algunas AAPP siguen exigiendo este elemento subjetivo).

Como se ha dicho, el abuso se define de manera negativa, porque no concurre violencia o intimidación. Desde esta perspectiva puede ser de dos clases: por ausencia de consentimiento o por vicio de consentimiento¹¹⁴. Se entiende que no hay consentimiento cuando el sujeto pasivo ha expresado su negativa, también cuando no ha tenido la posibilidad de expresarse y, en todo caso, cuando se encuentre privado de sentido, se abuse de un trastorno mental o se anule la voluntad por medio de determinadas sustancias¹¹⁵. Además, en el caso de menores de dieciséis años, la ley parte de la consideración de que no tienen capacidad de juicio necesario para prestar un consentimiento válido, es decir, que aunque consientan “naturalísticamente” la acción sexual dicho consentimiento resulta inválido¹¹⁶. En todos los supuestos de abuso el sujeto

(RJ 5722), entiende que dentro de las conductas sancionadas por el art. 183.1.CP se incluyen “los actos de inequívoco carácter sexual (...) idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad”, entre los que se encuentran los tocamientos en el culo a la menor y besarla cerca de las comisuras de los labios; STS 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208): tocamientos con ánimo libidinoso de los pechos de una menor de trece años, al tiempo que la misma notaba el roce de los genitales del acusado contra ella; SAP Islas Baleares 23/2017 de 28 de marzo (JUR 117988): el acusado procedió a quitar la ropa interior a la menor para hacerle tocamientos en la zona genital.

¹¹³ Esta cuestión se plantea en la STS 103/2012, de 27 de febrero (RJ 2965) donde el Alto Tribunal aprecia que “ni la inexistencia de relaciones de tal naturaleza (familiares, de amistad o afectivas) entre el sujeto activo y la víctima, ni las circunstancias de tiempo y lugar del episodio en que su relación era procurado por el autor, ni el sentido que caracterizan las expresiones del recurrente y que el hecho probado transmite, permiten desvincular el beso, que el acusado intentaba dar o recibir, de una naturaleza nítidamente sexual”, en este supuesto el autor, con ánimo libidinoso, agarra a la víctima en sitio apartado, pidiendo que le besara insistentemente, forcejando hasta que logró desasirse, apreciando la naturaleza sexual del mismo; la STS 737/2014, de 18 de noviembre (RJ 5722), respecto a si los besos son o no comportamientos con connotación sexual. Otros supuestos sobre si los besos tienen o no naturaleza sexual lo encontramos en STS 490/2015, de 25 de mayo (RJ 3644).

¹¹⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 77.

¹¹⁵ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 189.

¹¹⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 79.

activo realiza la acción lúbrica de manera que el sujeto pasivo no tiene posibilidad de expresar su consentimiento o el rechazo a la misma, o no puede oponer resistencia física, o presta un consentimiento que legalmente resulta inválido¹¹⁷.

El consentimiento estará viciado cuando, aunque la víctima consienta el acto, el ordenamiento jurídico considera que este consentimiento no es válido ni eficaz. En todo caso se entiende que el consentimiento está viciado en los supuestos de engaño y de prevalencia de una relación de confianza o superioridad por parte del autor¹¹⁸.

2.- *Agresiones sexuales (art. 183.2 CP)*

Hasta la reforma de 2015, la conducta de agresión sexual se diferenciaba de los abusos sexuales desde el punto de vista de los medios comisivos, la violencia o intimidación, que había que utilizar para la comisión de la primera, siendo las conductas sexuales las mismas. Tras la reforma de 2015 se modifica la redacción del tipo penal que describe las agresiones sexuales básicas y describiendo ahora dos supuestos diferentes:

1º Realizar actos de carácter sexual empleando violencia o intimidación (coincide con la conducta del art. 183.1 CP).

2º Compeler a un menor, mediante violencia o intimidación, a participar en un comportamiento de naturaleza sexual con un tercero o realizarlo sobre sí mismo.

El CP 1995 diferencia, por un lado, los ataques contra la libertad sexual o indemnidad sexual en los que se emplee la violencia o la intimidación como medio comisivo para vencer o someter la voluntad de la víctima (agresión sexual) y, por otro, los ataques a la libertad sexual o indemnidad sexual en los que, no mediando violencia o intimidación, el sujeto activo no cuenta con un consentimiento real de la víctima que se pueda valorar como un ejercicio libre de su libertad sexual (abuso sexual).

Hasta ahora ésta era la única diferencia entre agresiones y abusos sexuales pues en una u otra modalidad delictiva se castigaban las mismas conductas. Tras la reforma de 2015, ya en el ámbito de los delitos sexuales con menores de dieciséis años, parece que también se ha querido diferenciar en las conductas típicas, al menos si comparamos el art. 183.1 CP, realizar actos de naturaleza sexual, y el art. 183.2 CP, realizar actos de naturaleza sexual y compeler al menor a participar en los mismos con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

¹¹⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 77.

¹¹⁸ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 189.

2.1.- Agresión sexual

El párrafo primero del art. 183.2 CP recoge la agresión sexual a un menor de dieciséis años, cuya característica principal es el uso de la violencia o la intimidación en la realización de los actos de carácter sexual previstos en el art. 183.1 CP, es decir, la conducta llevada a cabo por el sujeto activo es la misma que la descrita para los abusos sexuales con el requisito del uso de la violencia o la intimidación.

La conducta típica de agresión sexual tiene que ir acompañada de un medio comisivo, la violencia o la intimidación, y, según la interpretación de un sector doctrinal de un elemento subjetivo, el ánimo lúbrico o libidinoso¹¹⁹. En la interpretación de estos medios comisivos no puede perderse de vista el sujeto pasivo, se trata de un menor de edad, a veces de edad muy baja. Esta circunstancia ha de ser tomada especialmente en cuenta porque la escasa edad de la víctima hará que se relativice la intensidad de la fuerza para doblegar su voluntad. Igualmente, la intimidación o amenaza ha de ser la idónea o adecuada para vencer la oposición de una persona menor de dieciséis años.

La violencia (*vis physiquica*) y la intimidación (*vis psicológica*) implican llevar a cabo actos de contenido físico o psicológico cuya finalidad sea vencer la voluntad, de manera que “tienen que estar conectadas, de medio a fin, con el acto de contenido sexual” y deben ocurrir antes o durante la ejecución del acto de carácter sexual, no siendo posible que se produzcan con posterioridad¹²⁰.

La violencia es la actividad exterior que, arrojada inmediatamente sobre la víctima, vence su resistencia y la determina a sufrir o realizar un determinado acto sexual. Se considera que hay violencia cuando se aplica *vis absoluta* o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que, a mayor resistencia que se opone, mayor será la energía física que opone el agresor¹²¹. Debe ser causal respecto del acto sexual, de manera

¹¹⁹ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 173-175.

¹²⁰ Así se exige, por ejemplo, en la STS 986/2001, de 24 de mayo (RJ 4562). En esta sentencia el TS no estimó que hubiera violencia o intimidación, ya que la violencia expresada mediante la frase “castigos desproporcionados para su edad” tenía como finalidad la sumisión dentro de un contexto de hábitos autoritarios, pero estaban desconectados del acto de contenido sexual. En los hechos se declara probado que: la niña de trece años, “venía sufriendo los hábitos autoritarios que su padre adoptivo utilizaba para su educación, imponiéndola castigos desproporcionados para su edad a fin de conseguir la sumisión, que no eran aceptados por la menor...” Entre los años 1996 y 1997, en ausencia de su esposa que llegaba de madrugada “requirió a la perjudicada para que le diera masajes en las rodillas, muslos e ingles, satisfaciendo sus deseos libidinosos, sin que Regina pudiera negarse ante la amenaza de aquellos castigos”. Más adelante, el 15 de enero de 1998 le indicó a la menor que se vistiera con un batín y le acompañara al dormitorio, donde “le pidió que le acariciara el pene mientras él la tocaba los genitales”.

¹²¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 580; en el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 122; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 176.

que se consigue realizar éste como consecuencia de llevar a cabo la acción mediante la violencia¹²².

La intimidación consiste en la amenaza de un mal grave, verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual.¹²³ Debe tener relación con la agresión. La gravedad del mal tiene que medirse objetivamente y tener el carácter de inmediatez, debe ser idóneo para provocar en la víctima un estado de temor que le lleve a escoger como la opción menos gravosa la realización del acto sexual. Habitualmente la amenaza proviene del autor de la agresión, pero cabe la posibilidad de que emane de un tercero. Lo habitual es que la amenaza recaiga sobre la víctima de la agresión sexual, pero es posible que lo haga sobre una persona que esté unida a ella afectivamente¹²⁴.

La violencia y la intimidación no son incompatibles, esto es, la amenaza de la reiteración de la violencia puede llevar a la intimidación facilitando que la víctima no se resista a las pretensiones del autor¹²⁵.

Reiterada jurisprudencia del TS ha establecido que “la violencia o intimidación en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o actitud de aquél, no la de ésta”¹²⁶.

Algunas de las conductas que el TS considera intimidación serían las siguientes: la amenaza de difusión de vídeos y fotografías tomadas a la menor en actitudes

¹²² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 580.

¹²³ STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2491). El TS no consideró que no había intimidación cuando la pareja de su abuela le decía a la menor de trece años que no contara lo que hacían juntos porque “había gente que iba a la cárcel por eso”.

¹²⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 580-581. Así lo entiende también RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 123; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 176.

¹²⁵ Así, por ejemplo, en la STS 108/2016, de 18 de febrero (RJ 602).

¹²⁶ Véase, STS 609/2013, de 10 de julio (RJ 7723); en el mismo sentido, la STS 108/2016, de 18 de febrero (RJ 602); STS 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722).

pornográficas con la finalidad de que siga accediendo a continuar con las relaciones sexuales¹²⁷; arrinconar a menor contra la pared, darle besos en la cara y manosearle el pecho¹²⁸.

2.2.- *Compeler a participar en actos de naturaleza sexual*

El segundo apartado del art. 183.2 CP, introducido con la LO 1/2015, castiga dos conductas: la primera, obligar a un menor de dieciséis años a participar en actos sexuales con un tercero distinto al sujeto activo; la segunda, realizar actos sexuales sobre sí mismo.

Se trata de obligar al menor de dieciséis años a realizar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo que no sean constitutivos de acceso carnal (pues en ese caso estaríamos en el supuesto del apartado primero del art. 183.2 CP¹²⁹).

Como ya se ha indicado, estas conductas no pueden considerarse totalmente novedosas respecto a la regulación anterior, pues ya antes de esta reforma un sector doctrinal ha entendido que las conductas sexuales constitutivas de abusos y agresiones sexuales no exigían el contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. No obstante, su introducción sí resuelve los problemas interpretativos que generaba el concepto de abuso o agresión sexual en lo relativo a su contenido mínimo, pues supone la inclusión de conductas que no requieren la existencia de contacto entre el autor y la víctima¹³⁰. Esto tiene como consecuencia o efecto que, en el delito de abuso sexual, tales supuestos no son subsumibles en las conductas calificables de abuso, pues en el art. 183.1 CP no se ha previsto esta extensión en la descripción de la conducta típica.

Así, una parte de la doctrina¹³¹ considera innecesaria su regulación pues la denominación de actos de carácter sexual engloba cualquier práctica sexual. Otro sector doctrinal¹³² entiende que es un acierto, pues lo que diferencia a las dos conductas

¹²⁷ STS 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722). En este caso la amenaza se calificó como seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

¹²⁸ STS 883/2001, de 17 mayo (RJ 5654).

¹²⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, 155. No obstante, esta autora considera que la conducta sí puede consistir en obligar al menor a acceder carnalmente o a introducir objetos por vía vaginal o anal a un tercero, opinión que no se comparte en este trabajo pues a los efectos del acceso carnal es lo mismo acceder que hacerse acceder.

¹³⁰ Véase, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 128; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 257

¹³¹ En este sentido, DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 673 quien considera que el tercero será autor al igual que lo será el que compele al menor a realizar el acto; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 610; ORTS BERENQUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 226.

¹³² MUÑOZ CUESTA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECH, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal*, 2015, 137.

recogidas en el art. 183.2 CP es la existencia o no de contacto corporal, y algunos¹³³ mantienen una postura intermedia y consideran que no era necesaria, pero sí conveniente.

Ambas conductas típicas se equiparan a la agresión sexual a todos los efectos, siempre que exista violencia o intimidación, lo que supone que se equipare la pena a la de ésta. Dicha equivalencia ha sido criticada por algunos autores¹³⁴ que la consideran excesiva, mientras otros¹³⁵ consideran que dicha equiparación es correcta pues supone la intromisión en la esfera sexual con violencia o intimidación.

3.- Tipos agravados (art. 183.3 CP)

El art. 183.3 CP recoge el tipo agravado de abusos y agresiones sexuales desde el punto de vista de la conducta sexual realizada: la conducta de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (en estos supuestos, aunque el sujeto activo es indiferenciado, el tipo exige un hombre en la ejecución, bien hay relación hombre-hombre; hombre-mujer, mujer-hombre¹³⁶), o la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal (en este supuesto sí cabe la posibilidad de la relación mujer-mujer).

La agravación de la responsabilidad penal asociada a estas conductas de connotación sexual se justifica desde la consideración de que atentan más contra la intimidad por su carácter (en el caso de los mayores) y, además, contra el proceso formativo y desarrollo de su sexualidad (en el caso de los menores de dieciséis años). Consiste en tener acceso carnal con alguien (o hacerse acceder), es decir, consiste en la introducción del pene por una de esas vías, y la consumación se produce con el acceso, no es necesario ningún otro componente añadido¹³⁷. Al acceso carnal se equipara la

¹³³ GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, 155.

¹³⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, 155.

¹³⁵ Así lo considera MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2015, 449-450, quien afirma que “lo que aquí se está reprochando es la actuación de un tercero que obliga, con violencia o intimidación, al menor a desarrollar un acto de naturaleza sexual, de mayor o menor intensidad, pero ahí es donde debe regir el criterio ponderador del juzgador, en aumentar o disminuir la pena, conforme al margen de discrecionalidad reconocido, permitiendo acudir al límite mínimo en los casos menos lesivos -por poner un ejemplo ilustrativo, el caso de la auto masturbación- y al máximo en los que el atentado al bien jurídico protegido sea más reprochable por las connotaciones de la práctica sexual desarrollada”; en el mismo sentido RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 129.

¹³⁶ Véase, entre otros, ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, 1995, 24.

¹³⁷ Así, la STS 9/2018, de 15 de enero (RJ 23) entiende que hay acceso carnal en los supuestos de coito vestibular (acceso o penetración en la esfera genital externa anterior al himen de la mujer); en el mismo sentido: SAP León 312/2016, de 4 de julio (ARP 922); SAP Las Palmas 338/2017, de 6 de noviembre (JUR 131115), considera que, para que haya consumación, no es necesaria la introducción de la totalidad del miembro viril masculino; SAP Castellón 295/2017, de 6 de noviembre (ARP 1357), estima que hay acceso carnal por introducción de los dedos en la vagina.

introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal, es decir, cualquier parte del cuerpo que resulte susceptible de ser introducida por una de esas vías, o la introducción de objetos por vía vaginal o anal: en ese caso se trata de objetos que por su tamaño y forma, resulten adecuados para introducirse, sustituyendo al órgano sexual, y adecuado para dar significado sexual al hecho de su introducción¹³⁸.

Además, como ya se ha comentado, el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno, de 25 de mayo de 2005, establece que es lo mismo acceder que hacerse acceder, acuerdo que ha sido mantenido hasta la actualidad¹³⁹. Esta interpretación resulta importante, pues facilita la admisión de la autoría por parte del sujeto activo mujer que se hace acceder por alguna de esas vías, o el sujeto activo hombre que se hace acceder por vía anal o bucal.

Una parte de la doctrina no está de acuerdo con la equiparación (acceder y hacerse acceder), pues consideran que “el que una persona, hombre o mujer, menor o no, sea accedido carnalmente o, por el contrario, sea dicha persona, menor o no, la que accede al tercero por vía vaginal o anal, aun obligado, son hechos que no revisten la misma gravedad, ni deben ser castigados por tanto con la misma pena”¹⁴⁰.

¹³⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 582; ejemplificativa de la introducción de objetos encontramos la SAP León 8/2005, de 28 de septiembre (JUR 242275): el procesado realizó con ella el acto sexual, penetrándola, según las ocasiones, por vía vaginal o anal o por ambas, introduciéndole, en otras o en las mismas, la mano o un consolador por la vagina.

¹³⁹ En este sentido, entre otras, STS 909/2005, de 8 de julio (RJ 8990); la STS 476/2006 de 2 mayo (RJ 3106), cuando indica: “La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 CP (agresión sexual) y 182 CP (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre «acceso carnal» y «penetración bucal o anal», por lo que se entendía que si el sujeto activo «se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo «el que penetraba». Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal», lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo”; Ejemplificativas de esta cuestión son: STS 575/2010, de 10 de mayo (RJ 5181); STS 803/2014, de 12 de noviembre (RJ 5915); STS 299/2016, de 11 de abril (RJ 1244); STS 953/2016, de 15 de diciembre (RJ 5913).

¹⁴⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, 155. De la misma opinión, entre otros, MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 198-199, quien considera que esta cualificación debe reservarse para los casos más graves, y, en su opinión, aquellos en los que una “mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en los que la mujer (o hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación, por un hombre” no pueden tener esta consideración.

La penetración (o la introducción) es, por tanto, el elemento típico del art. 183.3 CP, siendo necesario que la acción vaya más allá que el simple tocamiento, pues en caso contrario estaríamos en el supuesto de abuso o agresión sexual básico¹⁴¹.

4.- Circunstancias agravantes (arts. 183.4 y 5 CP)

El apartado 4 del art. 183 CP contiene una serie de cualificaciones que dan lugar a la aplicación de las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores. En el apartado 5 del art. 183 CP se prevé una circunstancia cualificante, aplicable a los tipos básicos o al tipo cualificado, referida al prevalimiento del carácter público del sujeto que comete abusos o agresiones sexuales.

Las circunstancias que se enumeran en el art. 183.4 CP son muy parecidas a las descritas en el art. 180 CP para los abusos y agresiones sexuales de víctimas mayores de dieciséis años.

Algunas de ellas se refieren a la condición de la víctima (escaso desarrollo intelectual o físico o al hecho de tener un escaso desarrollo intelectual) siempre que esto suponga colocarla en una situación de total indefensión; otras están basadas en la condición del autor (actuación conjunta de dos o más personas; relación de superioridad, parentesco o afinidad con la víctima; comisión dentro de organización criminal o de grupos criminales que se dediquen a la comisión de estas actividades; y, prevalerse de su condición de autoridad, o funcionario público); y otras se refieren en la forma de comisión del hecho (carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación utilizadas y puesta en peligro de la vida o la salud), sin que exista ninguna regla especial (similar a la recogida en el art. 180.2 CP) cuando concurren dos o más de estas cualificaciones, por lo que habría que aplicar las reglas de determinación de la pena dentro del marco penal fijado en el art. 183.4 CP¹⁴².

4.1.- Víctima en situación de total indefensión

Se trata de una circunstancia que abarca tres supuestos, todas ellas comparten la misma fundamentación: haber situado a la víctima en una situación de total indefensión (equiparable a la circunstancia de especial vulnerabilidad del art. 180.1.3^a CP). Esta situación puede estar provocada por su corta edad (en todo caso cuando es menor de cuatro años), por el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima o por padecer un

¹⁴¹ STS 355/2013, de 3 de mayo (RJ 4648). En el mismo sentido, entre otras muchas: STS 265/2010, de 19 febrero (RJ 3818); STS 553/2014, de 30 junio (RJ 3524); STS 540/2015, de 24 septiembre (RJ 4026).

¹⁴² En este sentido, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 133; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21^a, 2017, 212.

trastorno mental¹⁴³. Si la situación de indefensión se produjera por otras causas, como podría ser una enfermedad, no parece posible la aplicación de este tipo¹⁴⁴.

La circunstancia resulta aplicable tanto a los abusos como a las agresiones sexuales.

La razón de la agravación se basa en el hecho de que, al ser la víctima especialmente vulnerable, es más fácil llevar a cabo el delito porque las posibilidades de defensa o resistencia se reducen por razón de su edad o situación¹⁴⁵ y porque supone una especial lesividad para el bien jurídico protegido¹⁴⁶.

Se establece una presunción *iuris et de iure* respecto de los menores de cuatro años¹⁴⁷, pues es, sin lugar a duda, equivalente a total indefensión frente a situaciones en las que un sujeto realice la conducta típica¹⁴⁸. Es una circunstancia objetiva, abarcada por el dolo, que debe interpretarse en términos biológicos¹⁴⁹. Algunos autores¹⁵⁰ consideran totalmente justificada esta presunción, pues pocas personas pueden estar más indefensas que un niño de cuatro años. Se puede afirmar, además, que es consecuencia del rechazo social ante el conocimiento de abusos a bebés y niños de corta edad¹⁵¹. Esta segunda parece ser la explicación de la agravación, pues en el caso de menores de cuatro años las posibilidades de defensa ya están debilitadas por las características de la víctima; en cuanto a la afectación a su desarrollo y proceso formativo en materia sexual, no parece que a esa edad la víctima sea consciente de que está siendo abusado, sin esta consciencia no parece que se pueda ver afectado el proceso de desarrollo en materia sexual.

La exigencia de escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima que la haya llevado a una situación de total indefensión puede llevar a problemas de aplicación, ya que son conceptos de muy difícil demostración, en determinadas edades sobre todo, especialmente si se exige que el sujeto no pueda defenderse por sí mismo, ni tampoco

¹⁴³ Para más información respecto a la interpretación de la indefensión, véase, entre otros, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 257.

¹⁴⁴ DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 673.

¹⁴⁵ STS 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722).

¹⁴⁶ GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 521.

¹⁴⁷ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 133.

¹⁴⁸ Véase, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 521; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 582.

¹⁴⁹ BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2ª, 2016, 393.

¹⁵⁰ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 133.

¹⁵¹ MONGE FERNÁNDEZ, *RDPC 15* (2010), 95, quien considera que la redacción de esta circunstancia obedece a la alarma social consecuencia del caso Mariluz, pues se puso en duda la eficacia del sistema penal.

mediante la ayuda de otros, es decir, la indefensión total¹⁵². Lo mismo ocurre con el hecho de padecer un trastorno mental, no siendo suficiente el padecerlo, sino que requiere la prueba de que dicho trastorno sitúa a la víctima en situación de total indefensión, pues se exige que el trastorno coloque a la víctima en esa situación análoga a la del menor de cuatro años¹⁵³.

En la jurisprudencia encontramos diversos ejemplos de lo que puede considerarse escaso desarrollo intelectual y trastorno mental¹⁵⁴.

4.2.- Actuación conjunta de dos o más personas

Esta circunstancia es aplicable tanto a los abusos como a las agresiones sexuales, a diferencia del supuesto recogido en el art. 180.1 CP en el que solo se ha previsto para las agresiones. La razón de ser de esta agravante es que, al provocarse el abuso o la agresión sexual por dos o más personas, disminuye la capacidad de defensa de la víctima y la sitúa en una mayor vulnerabilidad debido a la desproporción de fuerzas entre atacantes y atacado¹⁵⁵.

La agravación se refiere a la actuación conjunta de dos o más personas (y cometer los hechos por tal actuación). El debate que se plantea en la exegesis de esta circunstancia es si se está tipificando un caso de coautoría, se entienda esta como se entienda, o si abarca casos de autoría o coautoría y formas de participación asimiladas a ella, concretamente la cooperación necesaria.

¹⁵² Así lo advierte, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 260.

¹⁵³ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2015, 133.

¹⁵⁴ Algunos ejemplos de aplicación de la circunstancia son: STS 26/2012, de 23 enero (RJ 2059): víctima de nueve años de edad con grado de discapacidad global del 49% por hipoacusia severa y un retraso madurativo por trastorno de aprendizaje de etiología no filiada; STS 530/2015, de 17 de septiembre (RJ 4003), estima la existencia de trastorno mental en víctima menor de edad con retraso mental leve, perceptible no en aspecto físico, pero sí en cuanto se mantiene una conversación con ella, no siendo la primera vez que el acusado lo hace, además, considera que la locución trastorno mental no puede quedar circunscrita, por identificación, con los límites de la imputabilidad penal, indicando que “hemos dicho que aquella expresión quizás no demasiado afortunada, no reduce su ámbito de aplicación a la persona que padece genuinas enfermedades mentales, sino que debe ser interpretada en el sentido de que tienen cabida en la misma, todos aquellos supuestos en los que las deficiencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien las padece se encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre a aquello que se le propone. Dicho con otras palabras, no se trata de una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas, en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones, al menos en lo que atañen a impulsos sexuales trascendentes, aunque las tenga en otros aspectos relacionados con la vida doméstica o laboral”; SAP Almería 238/2017, de 22 de mayo: menor de once años con una discapacidad mental diagnosticada como retraso generalizado del desarrollo, con un trastorno del espectro autista, lo que conlleva que, aunque sea capaz de discriminar las situaciones amenazantes o de riesgo para ella misma, no dispone de los mecanismos adecuados para afrontar y manejar dichas situaciones conforme a su edad biológica.

¹⁵⁵ Así lo entienden, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 521; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN VANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 583.

En este supuesto los sujetos activos serán coautores; aunque no es necesario que todos realicen los mismos actos, sí es necesario que cada uno de ellos realice algún atentado contra la libertad o la indemnidad sexual¹⁵⁶. En caso contrario estaríamos ante la figura de la cooperación necesaria o la complicidad. Como requisito adicional es necesaria la presencia física de todos los intervinientes en el lugar y momento de la ejecución, debiendo ser conocida por todos la finalidad común de realizar actos sexuales¹⁵⁷.

La naturaleza jurídica de la agravación consistente en cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas ha sido matizada por el TS, que entiende que la razón de ser de la circunstancia se encuentra “no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”¹⁵⁸.

4.3.- Carácter particularmente degradante de la violencia o intimidación

Esta circunstancia solamente puede ser aplicada a los supuestos de los arts. 183.2 y 183.3 CP en relación con el 183.2 CP (agresiones sexuales), ya que alude expresamente al carácter especialmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación¹⁵⁹. Reproduce el contenido del art. 180.1.1ª CP.

Se fundamenta en el mayor contenido de injusto que supone el trato vejatorio y degradante referido a los medios empleados, al uso de la violencia o intimidación para humillar y rebajar innecesaria y gratuitamente al sujeto pasivo (atentando contra la

¹⁵⁶ Véase, MONGE FERNÁNDEZ, *RDCP 15* (2010), 96, quien considera que basta con que se ejecute alguno de los elementos típicos, aunque sean periféricos; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª, 2015, 234.

¹⁵⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GÓNZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 583. La presencia física es exigida también jurisprudencialmente. Véase, entre otras, la STS 338/2013, de 19 de abril (RJ 3297); STS 246/2017, de 5 de abril (RJ 1368).

¹⁵⁸ Así lo indica la STS 1142/2009, de 24 de noviembre (RJ 7913), que aprecia la existencia de esta circunstancia y considera que cuando se trata de coautores nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta.

¹⁵⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, *Cuadernos penales José María Lidón 12* (2016), 272-273; en el mismo sentido, CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16*, 2016, 50.

dignidad de la víctima), lo que supone un *plus* adicional de antijuridicidad¹⁶⁰. Para su aplicación es necesario que se compruebe si la violencia o intimidación empleadas no solamente son graves, sino que además presentan esos rasgos específicos, es decir, los medios comisivos han de ser objetivamente degradantes o intimidatorios para la víctima (más de lo que resulta para cualquiera verse amenazado o violentado)¹⁶¹.

Así, la STS 968/2012, de 30 de noviembre, indica que para poder apreciar un carácter particularmente vejatorio o degradante en la violencia o intimidación no hay que analizar la acción sexual en sí, “sino la violencia o intimidación empleadas para su consecución, sea durante la ejecución o, incluso, después, si se prolonga la violencia, sin solución de continuidad, en una misma situación. La exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento”¹⁶².

4.4.- Relación de superioridad o parentesco

Estas circunstancias se recogen, de forma genérica, en los arts. 22 y 23 CP, pero también se recogen específicamente en el art. 183.4 CP y en el art. 180.1.4 CP (y, por remisión, en los delitos de abusos sexuales de los arts. 182 y 182 CP).

La responsabilidad criminal resulta agravada cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco. Esta circunstancia se puede apreciar inicialmente cuando no hay violencia o intimidación ya que, si estas se dan, el atentado contra la libertad e indemnidad sexual no es producido por la relación de

¹⁶⁰ ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual*, 2004, 15; MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 192-193; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 584; CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16*, 2016, 50.

¹⁶¹ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2015, 185.

¹⁶² STS 965/2012, de 30 de noviembre, en donde se utiliza una chuchilla de afeitador para ir efectuando cortes lentamente, como recreándose, en zonas íntimas.

superioridad o parentesco, sino que es consecuencia de dicha violencia o intimidación¹⁶³, aunque, en la práctica, la jurisprudencia no lo ha entendido así¹⁶⁴.

El fundamento de esta cualificación se encuentra tanto en la disminución de posibilidades de defensa de la víctima como en el prevalimiento de la superioridad o el parentesco por parte del autor¹⁶⁵. Estas consideraciones hacen que no sea posible aplicarlas junto a las circunstancias genéricas de abuso de superioridad y abuso de confianza.

La doctrina ha criticado la redacción de esta circunstancia tanto por evocar un DP con tintes moralizantes como porque suscita muchos problemas de aplicación en la práctica, por la amplitud del precepto, ya que incluye en la relación de parentesco no solo a los ascendientes o hermanos, por naturaleza o adopción con la víctima, sino también a los afines¹⁶⁶.

En algunos casos se puede producir el solapamiento entre la situación de superioridad y la de parentesco, Por tanto, si el autor tiene una posición privilegiada respecto a la víctima por la relación de parentesco, no tiene sentido exigir un prevalimiento de la relación de superioridad, pues el aprovechamiento del primero implica una relación de superioridad¹⁶⁷. Así lo entiende también la jurisprudencia¹⁶⁸.

¹⁶³ Véase, entre otros, MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 199; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 135; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 584-585; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 192.

¹⁶⁴ Así lo entiende, entre otras, STS 912/2008, de 20 noviembre (RJ 7741) que considera que todas ellas son compatibles entre sí; en el mismo sentido, STS 953/2016, de 15 de septiembre (RJ 5913). En sentido contrario, la SAP Navarra 94/2017, de 8 de mayo (ARP 803) que entiende que no hay intimidación en el supuesto del padre que mantiene relaciones sexuales completas con sus hijas amenazándolas con matar a su madre y a las propias menores si contaban algo, estimando que los actos sexuales están vinculados a la condición de padre del acusado pero no a las amenazas vertidas por éste sobre las menores.

¹⁶⁵ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 201.

¹⁶⁶ En este sentido, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 114; MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 198.

¹⁶⁷ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 200.

¹⁶⁸ Véase, entre otras, STS 299/2016, de 11 abril (RJ 1244). Algunos ejemplos de abuso de superioridad o parentesco los encontramos en: STS 355/2015, de 28 mayo (RJ 2491): estima abuso de superioridad porque el autor se aprovechó de la relación sentimental con la abuela de la víctima para cometer los abusos; STS 342/2016, de 21 abril (RJ 1839): el TS considera que el autor se aprovechó de la relación de parentesco, pues el autor era padre adoptivo que realiza tocamientos y penetración vaginal durante varios años a sus hijas adoptivas desde que tienen 8 y 10 años. No se aprecia relación de parentesco: STS 48/2017 de 2 febrero (RJ 570): el autor es el tío de la víctima, pues esta relación de parentesco no está incluida en la norma. En el mismo sentido, SAP Alicante 234/2016, de 31 de mayo (ARP 1031), donde se aprecia la agravante de abuso de superioridad, pues el acusado se prevaleció de su situación en el núcleo familiar, haciendo pues uso de esa situación de superioridad como pareja sentimental de Eva María, con el que convivía la menor.

4.5.- Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima

La nueva redacción dada a esta agravante implica una ampliación de su ámbito de aplicación, pues antes de la reforma de 2015 se limitaba a los supuestos en los que se pusiera en peligro de forma dolosa la vida del menor. Con la redacción actual amplía los supuestos de aplicación, siendo posible aplicarla cuando se pone en peligro dolosa o imprudentemente tanto la vida como la salud del menor¹⁶⁹.

La inclusión de la imprudencia grave encuentra su justificación en que aunque el autor no pretenda poner en peligro la vida o la salud del menor puede tener como consecuencia resultado indeseados para estos dos bienes jurídicos¹⁷⁰. El peligro debe ser concreto, pero no es necesario que sea vital¹⁷¹. Si la imprudencia fuera leve no se aplicaría esta agravante.

4.6.- Comisión en el seno de organización o grupo criminal

La reforma de 2015 no ha supuesto ningún cambio respecto a la regulación anterior en este supuesto.

Se fundamenta en el especial desvalor de la acción, como se ha expresado por algún autor, “en la especial peligrosidad de tal supuesto derivada de la sinergia que la acumulación de voluntades delictivas genera”¹⁷²; y, en que, frecuentemente, la delincuencia organizada actúa en relación con los delitos que afectan a los menores (prostitución, corrupción de menores, abusos y agresiones sexuales, etc.)¹⁷³.

Esta agravación debe ser interpretada en relación con el art. 570 bis CP que define organización criminal como la agrupación formada por dos o más personas con carácter o estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, y con el art. 570 ter CP, que define grupo criminal como la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de ellos. Solo quien pertenezca a uno de estos entes criminales puede resultar afectado por esta circunstancia, siendo necesario que el grupo u organización criminal se dedique a la realización de actividades delictivas relacionadas

¹⁶⁹ DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 674.

¹⁷⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 585-586.

¹⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª, 2015, 235.

¹⁷² GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 522 s.

¹⁷³ MONGE FERNÁNDEZ, *De los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 206.

con el sexo de menores, no siendo aplicable cuando se dediquen a otras actividades delictivas,¹⁷⁴. Por tanto, si los abusos o agresiones sexuales se produjeran en el seno de una organización o grupo criminal dedicado a otras actividades se reconducirían al tipo básico.

Asimismo, se plantean problemas derivados de las dificultosas relaciones concursales que se establecen entre el art. 570 bis CP y este subtipo penal agravado aunque “el concurso entre el subtipo agravado y el delito de organización criminal se ha resuelto de forma tradicional por la doctrina y jurisprudencia acudiendo al principio de especialidad, al considerar que los subtipos cualificados son ley especial frente al régimen general de los arts. 570 bis y ter CP. Sin embargo, el legislador ha optado por establecer una cláusula concursal *ad hoc*, que no deja claro si ha de prescindirse o no del criterio de la especialidad para la resolución de estos conflictos normativos, remitiendo al principio de alternatividad del art. 8.4 CP, lo que conlleva analizar caso por caso cuál de las opciones posibles conlleva una pena superior”¹⁷⁵.

4.7.- Prevalerse de condición de autoridad (art. 183.5 CP)

El apartado 5 del art. 183.5 CP dispone que, en todos los supuestos previstos en dicho artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Esta previsión no supone ninguna novedad respecto a la redacción anterior a la reforma de 2015.

Para que pueda aplicarse es necesario que se haya utilizado dicha condición para la obtención del acto sexual efectuado, que se verá favorecido por dicho empleo¹⁷⁶.

5.- Determinar a participar o presenciar actos o abusos sexuales (art. 183 bis CP)

Este precepto aparece *ex novo* en la reforma de 2015, al menos en el Capítulo II bis, relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Puede considerarse que ha venido a sustituir al antiguo delito de corrupción de menores del art. 189.4 CP¹⁷⁷, eliminado en la reforma de 2015.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, *De los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 205; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 586.

¹⁷⁵ DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al CP*, 2015, 686.

¹⁷⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 586-587.

¹⁷⁷ Así lo consideran, entre otros, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO, *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 588 s.; GARCÍA

El tipo exige embaucar a un menor para que participe en conductas de naturaleza sexual o para hacerle presenciar abusos sexuales con una finalidad sexual, lo que supone que debe concurrir ese específico elemento subjetivo del injusto¹⁷⁸.

La escasa, hasta el momento, jurisprudencia¹⁷⁹ considera que las conductas reguladas en el art. 183 bis CP son comportamientos próximos a la corrupción de menores (redacción anterior a la reforma del art. 189.1.a CP) y al delito de exhibicionismo (art. 185 CP), aunque por el principio de especialidad debería aplicarse el art. 183 bis CP y, en consecuencia, el art. 185 CP tendrá un carácter residual, aplicándose solo a actos de exhibición cuando se produzcan ante personas entre los dieciséis y los dieciocho años de edad. Asimismo, entiende que la diferencia entre el art. 183 y 183 bis CP radica en que el primero requiere contacto corporal o físico entre el autor y la víctima, mientras que el segundo basta con que el autor haga presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque aquel no participe en ellos. Considera que “la mención determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual enturbia esta interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente, en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limite a llevar a cabo un comportamiento que no signifique realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, puesto que en ese caso la aplicación preferente sería la del art. 183 CP; y en segundo lugar, considerando que el tipo penal del art. 183 bis CP requiere una conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que en el abuso sexual de menores del art. 183 del Código Penal, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas lúbricas entre el autor y su víctima”¹⁸⁰.

Así lo entiende también parte de la doctrina¹⁸¹, que considera que, para que sea de aplicación el art. 183 bis CP, no debe haber un contacto físico sexualmente significativo entre el autor y la víctima (sí con el tercero).

ÁLVAREZ, *Cuadernos Penales José María Lidón* 12 (2016), 275; CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16*, 2016, 59; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 213.

¹⁷⁸ Así lo entienden, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 429; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP*, 2ª, 2015, 618; CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, 2016, 60.

¹⁷⁹ STS 468/2017, de 22 de junio (RJ 3674).

¹⁸⁰ Véase, STS 468/2017, de 22 de junio (RJ 3674).

¹⁸¹ Véase, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al CP II*, 2015, 525 s.

5.1.- Determinar a participar en un comportamiento sexual

La primera de las conductas descritas en el párrafo primero del art. 183 bis CP consiste en determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

Esta conducta coincide, en parte, con redacción del art. 189.4 CP antes de ser derogado en la reforma de 2015, pero introduce una novedad, ya que exige un elemento finalístico pues requiere que el sujeto activo actúe con fines sexuales. Esto le diferencia de los delitos vistos hasta ahora, pues incluye en la descripción del tipo el elemento subjetivo, el ánimo lúbrico¹⁸².

Esta modalidad no indica nada acerca de los medios comisivos y la doctrina tampoco es pacífica al respecto. El principal problema que se plantea es la interpretación del sentido de “determinar”, encontrando diversas posturas doctrinales:

En primer lugar, algunos autores¹⁸³ entienden que se trata de una acción coactiva.

Otros¹⁸⁴ consideran que la interpretación sistemática y restrictiva da a entender que no basta con una simple inducción, sino que es necesario la presencia de alguno de los medios comisivos previstos en las figuras de agresión o abuso sexual (violencia o intimidación, engaño o abuso de posición de confianza, autoridad o influencia), siempre que los hechos no sean constitutivos de un delito más grave. Se debe tener en cuenta, en contra de esta postura doctrinal, que la víctima es menor por lo que se debe prescindir de los medios comisivos, pues lo importante es que los menores carecen de autodeterminación sexual pues el bien jurídico que se pretende proteger es la indemnidad sexual.

Algunos¹⁸⁵ consideran que se trata de la misma conducta recogida en el art. 183.2 CP (compeler a un menor de dieciséis años a participar en una conducta de naturaleza sexual), pero sin la concurrencia de violencia o intimidación.

Por otro lado, hay quien adopta una postura intermedia, entendiendo que determinar “puede traducirse como instigar, inducir, persuadir o incitar al menor de

¹⁸² Véase, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 429; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2017, 138.

¹⁸³ MUÑOZ CUESTA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal*, 2015, 138.

¹⁸⁴ Véase, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 429.

¹⁸⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2ª, 2015, 452; CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, 2016, 61, quien considera que debe quedar descartado el uso de la violencia o la intimidación pues de concurrir se estaría dentro del ámbito de la agresión sexual; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 213.

dieciséis años para que se comprometa en un comportamiento sexual no deseado hasta ese momento, pues deberá ser la influencia de la instigación la que mueva y venza la voluntad del menor para involucrarse en ese comportamiento sexual”¹⁸⁶, por lo que los medios comisivos serían indeterminados.

Otros¹⁸⁷ piensan que si se interpreta “como hacerle tomar la decisión de participar en un comportamiento de naturaleza sexual, se le está dando al referido verbo idéntica significación que a inducir en el marco de la participación”, en todo caso sin utilizar violencia o intimidación pues si el legislador hubiera querido que fuese así lo habría indicado al igual que lo ha hecho en otros supuestos. Tampoco se especifica qué tipo de acciones sexuales estarían incluidas por lo que debe entenderse que comprende tanto las realizadas para complacer a quien le determina o a un tercero, como a las efectuadas por el menor sobre sí mismo.

5.2.- *Hacer presenciar actos de naturaleza sexual*

La segunda conducta que regula el art. 183 bis CP es hacer presenciar a un menor actos de naturaleza sexual, aunque el autor no participe en ellos. Conducta que algunos autores¹⁸⁸ consideran novedosa, consecuencia de la Directiva 2011/93/UE. Otros¹⁸⁹, sin embargo, consideran que plantea problemas de delimitación con el delito de exhibicionismo del art. 185 CP, aplicable cuando el sujeto pasivo es menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Así, desde esta perspectiva, aunque en el art. 183 bis CP se habla de hacer presenciar al menor actos de carácter sexual y en el de exhibicionismo de ejecutar ante el menor actos de exhibición obscena, habrá que entender que la diferencia estriba solamente en la edad del sujeto pasivo, de forma que cuando se trate de un menor de dieciséis se aplicará el art. 183 bis CP y cuando se trate de un menor de dieciocho, pero mayor de dieciséis años, el art. 185 CP.

Hay quien considera¹⁹⁰ que esta conducta puede afectar al desarrollo de la sexualidad del menor en condiciones de normalidad. Otros¹⁹¹ piensan que es un delito de

¹⁸⁶ CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, 2016, 61.

¹⁸⁷ ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 198.

¹⁸⁸ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 143.

¹⁸⁹ De esta opinión, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 619; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 213.

¹⁹⁰ Así lo afirma GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Reformas penales*, 2015, 158.

¹⁹¹ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2017, 141, quien se plantea la cuestión de qué ocurre cuando los actos se realizan delante de un recién nacido sistemáticamente con

dudosa lesividad, pues es necesario ser cautelosos a la hora de evaluar el impacto que puede suponer para un menor presenciar relaciones sexuales o actos sexuales menos relevantes; además, hay que cuestionarse si esa posibilidad justifica la existencia de una infracción penal castigada con una pena privativa de libertad.

Esta conducta requiere dos elementos: el primero, que el sujeto activo debe ser el causante de que el menor presencie actos sexuales; no se trata simplemente de realizar actos sexuales delante del menor, implica algo más, pues de lo contrario se podrían dar la posibilidad de la comisión por omisión por parte de quien se encuentre en la posición de garante. A modo de ejemplo se pone el caso del padre o la madre que se dan cuenta de que su hijo menor de dieciséis años está mirando como realizan actos de carácter sexual y no lo impiden, no sería autor de este delito¹⁹²; el segundo, que el menor se encuentre físicamente en el lugar en el que se lleva a cabo el acto sexual (no puede tratarse de ver pornografía, ya que en ese caso estaríamos ante un supuesto de exhibición de material pornográfico del art. 186 CP), debe tratarse de una contemplación presencial y directa¹⁹³.

5.3.- *Hacer presenciar abusos sexuales*

Se trata de una conducta novedosa, introducida con la reforma de 2015.

El párrafo del art. 183 bis CP contempla un tipo agravado en los supuestos en los que se haga presenciar abusos sexuales, aunque el autor no participe en ellos.

Respecto a los elementos que requiere la conducta, serán los mismos que se requirieren en el apartado anterior, siendo imprescindible que el menor de dieciséis años se encuentre físicamente en el lugar en el que se produzca el abuso sexual; la diferencia es que ahora el acto sexual que se hace presenciar es un abuso sexual,

Llama la atención que el legislador no castigue con mayor dureza a quien haga presenciar una violación¹⁹⁴. Se pretende reprimir las prácticas que puedan influir de forma

finés sexuales (por ejemplo, si fuera un pedófilo), esta conducta nunca será recordada por el mismo por lo que de ningún modo afectará a su desarrollo sexual futuro.

¹⁹² Véase, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, 429; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2017, 145.

¹⁹³ Véase, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 619; CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2016, 980; CADENA SERRANO, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, 2016, 63; MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 214.

¹⁹⁴ Véase, entre otros, ORTS BERENQUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 198; GARCÍA ÁLVAREZ, *Cuadernos Penales José María Lidón 12* (2016), 276.

negativa en el desarrollo del menor y evitar que en el futuro pueda tomarlas como patrón de conducta y repetir las¹⁹⁵.

Esta agravante plantea dos cuestiones: su sentido y si en la mención a abusos sexuales deben entenderse comprendidas las agresiones sexuales.

En relación con la primera, el hecho de que lo observado por el menor tenga la naturaleza jurídica de abuso sexual y no de mero comportamiento sexual no justifica el incremento penológico, pues un abuso puede ser confundido por el menor con un acto consentido y no delictivo. Otra cosa es que presente algún elemento característico que lo haga especialmente impactante¹⁹⁶.

Respecto a la segunda, la doctrina mayoritaria ha criticado la exclusión de las agresiones sexuales¹⁹⁷, aunque hay autores¹⁹⁸ que entienden que las agresiones sexuales están incluidas dentro del tipo, pues tanto agresiones como abusos sexuales están reguladas en el art. 183 CP, y se diferencian en el uso de la violencia o la intimidación como medio comisivo.

VI.- EL CONSENTIMIENTO (ART. 183 QUATER)

Debido al aumento en el nivel de intervención penal en los delitos sexuales con víctimas menores (con la elevación del límite de edad, el aumento de delitos tipificados), el legislador de 2015 ha sentido la necesidad de introducir un precepto regulador sobre la eficacia eximente del consentimiento prestado por el menor de dieciséis años: en el art. 183 quater.

Supone el reconocimiento de la eficacia del consentimiento libremente prestado por el menor de dieciséis años en determinados supuestos¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Véase, entre otros, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 198; GARCÍA ÁLVAREZ, *Cuadernos penales José María Lidón 12* (2016), 276.

¹⁹⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 620; comparte esta opinión, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 147.

¹⁹⁷ En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, 159; MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2ª, 2015, 545; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 620.

¹⁹⁸ Así lo entiende RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 147.

¹⁹⁹ En este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2ª, 2015, 256; MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2ª, 2015, 461.

En concreto, el art. 183 quater CP dispone que se excluirá la responsabilidad penal si el menor de dieciséis años presta su consentimiento libre, siempre y cuando el otro sujeto sea persona próxima en edad y grado de desarrollo y madurez.

Esta regulación específica del consentimiento del menor de dieciséis años solo se aplica a los delitos del Capítulo II bis, es decir, a los abusos y agresiones sexuales de los arts. 183 y 183 bis CP y a los delitos de ciberacoso y embaucamiento del art. 183 ter CP.

El alcance de la cláusula es demasiado corto, ya que no abarca los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP) y provocación sexual (art. 186 CP), incluso si se aceptara la interpretación de la minoría de edad en esos delitos en los dieciséis años²⁰⁰.

El fundamento de la exención es la adecuación de la norma penal a la realidad social, pues los menores de dieciséis años pueden mantener relaciones sexuales con consentimiento válido y libre, no teniendo que justificar ni excusar su conducta²⁰¹. El objetivo es “no penalizar a los menores que mantienen relaciones sexuales entre sí, al ser una de las ideas rectoras del establecimiento de una edad de consentimiento la de la exclusión de los adultos de la esfera sexual de los adolescentes y no la de prohibir a éstos que tengan una vida sexual activa (o, al menos, no lo es en teoría)”²⁰².

Se entiende que el consentimiento es válido cuando se comprende el significado de la acción consentida y la voluntad de llevarla a cabo, lo que excluye las amenazas, coacciones, etc²⁰³.

Se plantean dos problemas, el primero es si la exención alcanza a los mayores de dieciocho años, y la redacción del art. 183 quater CP no se opone a ello. El hecho de que el autor tenga dieciocho años no impide que se pueda otorgar validez al consentimiento prestado por el menor, de, por ejemplo, quince años, siendo muy posible que ambos puedan tener un grado de madurez y desarrollo similar²⁰⁴. El segundo es si existe un límite

²⁰⁰ Véase, GARCÍA ÁLVAREZ, en: MUÑOZ CONDE (dir.)/DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Reformas penales*, 2015, 168; MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el CP reformado*, 2ª, 2015, 443; RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la Reforma del CP*, 2ª, 2015, 632; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA(coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 881; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 178.

²⁰¹ Así lo entiende la Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del art. 183 quater CP.

²⁰² RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 177.

²⁰³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 883.

²⁰⁴ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 180.

mínimo de edad, entendiendo que no existe el mismo, pues en el art. 183 quater CP no se establece ninguno²⁰⁵.

Sobre este particular, el art. 183 quater CP no ha establecido un límite mínimo de edad en el que el consentimiento comienza a tener el efecto eximente que el artículo dispone, pero teniendo en cuenta la finalidad del precepto, no penalizar las relaciones sexuales entre iguales, es innecesario dicho límite²⁰⁶, aunque el mismo ofrecería seguridad jurídica, especialmente cuando se añade, a mayores, el criterio de madurez o desarrollo²⁰⁷.

El autor debe ser una persona próxima en edad, se entiende que se refiere a una edad cronológica ya que los límites que se establecen para los delitos sexuales son cronológicos. Asimismo, tiene que ser próximo en grado de desarrollo y madurez, condiciones que son muy difíciles de concretar, pudiéndose dar casos en los que el menor de dieciséis es más maduro que el mayor de esa edad, supuestos estos que no plantearían problemas.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia²⁰⁸ cuando indica que los requisitos para excluir la responsabilidad son tres: el consentimiento libre, la edad próxima del autor al menor y un grado de desarrollo y madurez similar entre ambos sujetos, siendo necesario que todos ellos concurren conjuntamente.

Respecto a la naturaleza jurídico-penal de la cláusula, se puede entender que es una causa que excluye la relevancia penal y jurídica en general de la conducta, pues

²⁰⁵ RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 183, quien considera que si se hace una interpretación teleológica del art. 183 quater CP y se entiende que el sentido de la norma es “dotar de irrelevancia penal comportamientos en los que no ha habido una situación de desequilibrio en lo que respecta a la madurez o una asimetría de edades, no parece razonable hurtar la posibilidad de exención a supuestos en los que nada de eso ha sucedido, aun cuando el más joven de los intervinientes en la relación sexual esté notablemente por debajo de los dieciséis años”, así, si un adolescente de catorce años realizase actos sexuales con un menor de doce años de edad, con el consentimiento de éste y existiendo paridad en su grado de desarrollo y madurez, podría acogerse a lo dispuesto en el art. 183 quater CP.

²⁰⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, 882.

²⁰⁷ En este sentido, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 231; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 183.

²⁰⁸ STS 1001/2016, de 18 de enero (RJ 2017/54), ya valoró, además de la diferencia de edad (20 años y medio el acusado y 11 años y 8 meses la menor), el grado de madurez y desarrollo de la menor y el hecho de que el acusado acababa de finalizar una relación de dos años con una joven de su edad con la que convivía, por lo que entendió que no había un equilibrio relevante y notorio en la pareja y no era posible aplicar el art. 183 quater CP; ATS 601/2017, de 23 de marzo (JUR 100088). El TS entendió que la diferencia de edad era tal (67 años el acusado y 12 los menores) que la proximidad era insostenible para considera el consentimiento como prestado libremente por los menores, por lo que, con independencia del grado de madurez del acusado, no se cumplía uno de los criterios exigidos para la aplicación del art. 183 quater; en el mismo sentido, STS 946/2017, de 15 de diciembre (RJ 5906) supuesto de relaciones consentidas entre una niña de once años y un hombre ocho años mayor que ella, en el que el TS entendió que se encontraba fuera de lugar la exclusión de la responsabilidad.

cuando dos menores de dieciséis años realizan actos sexuales no llevan a cabo ninguna conducta que deba ser justificada o excusada²⁰⁹, pues no hay lesión alguna al bien jurídico protegido, sino simplemente el ejercicio de la libertad sexual²¹⁰.

²⁰⁹ De esta opinión, ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 5ª, 2016, 230; en el mismo sentido, VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, 184.

²¹⁰ Así lo entiende, CANCIO MELLÍÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.): *Memento Práctico Penal*, 2016, 982.

VII.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- En los delitos sexuales se ha producido una evolución significativa en la concepción del bien jurídico, reflejado en las propias rúbricas de los textos punitivos: de la honestidad, concebida desde planteamientos católicos, la libertad sexual y, en el caso de menores (y personas con discapacidad) la indemnidad sexual. Desde la aprobación del CP 1995, y ya con la primera reforma de 1999, se siente que en el trasfondo de los delitos sexuales se protege una determinada concepción de la moral sexual social, lo que puede llevar a excesos en la intervención y sanción punitiva.

SEGUNDA.- La reforma de la LO 1/2015 ha elevado la edad del consentimiento sexual en abusos y agresiones sexuales a los dieciséis años, sin tener en cuenta factores como la madurez, el desarrollo o la formación de los menores de dieciséis años en el ámbito sexual, supuestamente para dar respuesta a las reclamaciones de la ONU o para adaptar las Directivas de la UE al Derecho interno. Ni una ni otra son razones reales.

TERCERA.- Cada vez es más clara la tesis que aboga por la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Esta tesis es la que más claramente conecta con las concepciones morales sociales sobre la conducta sexual realizada con menores de edad. Pero, porque este enfoque podría ser más útil en el planteamiento de una adecuada tipificación penal, el bien jurídico a proteger debería ser también la libertad sexual, despegando así el DP de esas connotaciones morales; el DP debe tutelar, tanto en el caso de los menores de dieciséis años como de los mayores de esa edad, el derecho de toda persona a ejercer su actividad sexual en libertad.

CUARTA.- El sujeto pasivo de los delitos de abusos y agresiones sexuales puede ser cualquier persona menor de dieciséis años, hombre o mujer (a excepción del acceso carnal por vía vaginal que requiere que el sujeto pasivo sea una mujer). Los delitos de abusos y agresiones sexuales no son delitos de propia mano, por tanto, la conducta se puede llevar a cabo obligando al sujeto pasivo a realizar o soportar actos sexuales, o utilizando a terceros, por lo que cabe cualquier forma de autoría (autoría directa, coautoría, autoría mediata y comisión por omisión) y participación (cooperación necesaria y complicidad).

QUINTA.- Los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (a excepción de las conductas tipificadas en los art. 183 bis CP) no requieren elemento subjetivo alguno, no exigiendo, por tanto el tradicional ánimo libidinoso por parte del sujeto activo para entender consumada la conducta. Solo se exige dolo.

SEXTA.- La declaración del sujeto pasivo es muy relevante en los delitos de abusos y agresiones sexuales pues, en muchas ocasiones, es la única prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia. En el caso de los menores, en especial cuando tienen muy corta edad, es necesario acudir a peritos (psicólogos y psiquiatras) para conseguir información más precisa sobre los hechos y poder confirmar la fiabilidad del testimonio obtenido de los menores. Los requisitos de la declaración para desvirtuar la presunción de inocencia son: ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones previas entre el autor y la víctima; verosimilitud o credibilidad objetiva y la persistencia firmeza en la incriminación.

SÉPTIMA.-. En los delitos de abusos y agresiones sexuales tiene especial incidencia las construcciones de unidad de acción y el delito continuado, con los efectos que de ellas derivan. El delito continuado tiene fácil aplicación en el delito de abuso sexual, resultando más controvertida su extensión a las agresiones sexuales, por los medios comisivos que se han de utilizar para su ejecución y, además, porque no se descarta la afectación de otros bienes jurídicos eminentemente personales como la integridad física, la salud, la dignidad personal.

OCTAVA.- Los abusos sexuales consisten en la realización de actos de carácter sexual (sin violencia o intimidación) con un menor de dieciséis años. Se prescinde del bien jurídico en la definición de la conducta, lo que no puede significar una ampliación de la conducta típica. Por interpretación sistemática con otros apartados y preceptos, ahora está claro que se exige contacto físico entre el menor y la víctima. Las agresiones sexuales sí abarcan supuestos de contacto físico entre autor y víctima, contacto físico de la víctima con un tercero y conductas realizadas por la víctima sobre sí misma.

NOVENA.- En los tipos agravados de abusos y agresiones sexuales el sujeto activo puede ser la mujer (con excepción de acceso carnal por vía vaginal), desde el momento en que la conducta típica se describe como “cuando el ataque consista en acceso carnal” Estas conductas atentan más gravemente contra el bien jurídico protegido, en el caso de los menores la indemnidad sexual, pues lo que se pretende proteger es su libertad sexual futura, de manera que está justificada que tengan una mayor pena.

DÉCIMA.- Las circunstancias agravantes reguladas en el art. 183.4 CP son similares a las del art. 180 CP. Aunque la redacción del art. 183.4 CP indica que son de aplicación a todas las conductas previstas en los tres apartados anteriores (abusos y agresiones sexuales), en la práctica no es posible, pues algunas de ellas requieren el uso de la violencia o la intimidación y, en ese caso, estaríamos hablando siempre de agresión

sexual, nunca de abusos. Asimismo, no existe ninguna regla especial (como la recogida en el art. 180 CP) para los casos en los que concurran dos o más de ellas.

UNDÉCIMA.- El art. 183 bis se introduce como novedad tras la reforma de 2015. Viene a ocupar el lugar del antiguo delito de corrupción de menores y plantea difíciles problemas de delimitación con los delitos de exhibicionismo. La conducta típica consiste en embaucar a un menor a participar en actos de naturaleza sexual (art. 183.1 bis CP) o hacerle presenciar actos de naturaleza sexual o abusos sexuales. Llama la atención que el legislador no haga ninguna referencia a hacer presenciar agresiones sexuales, pues debería llevar aparejada mayor pena.

DUODÉCIMA.- El art. 183 quater CP es consecuencia de la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años y pretende evitar la penalización de las relaciones sexuales entre menores de edad de similar edad biológica y madurez psicológica. La descripción de los requisitos para la validez del consentimiento, sin embargo, no es la más correcta técnicamente, utilizando conceptos que generan dificultades en su apreciación práctica; hubiera resultado más clara la opción por establecer una diferencia de edad entre autor y víctima a modo como se construye el concepto de asimetría de edad para definir el abuso sexual. Tampoco resulta correcta la extensión de la validez del consentimiento solo a los delitos tipificados en el Capítulo II bis CP.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, 2004.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/VENTURA PÜSCHEL, Arturo: *Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier(dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo coords.), *Derecho Penal Español. Parte especial (I)*, 2ª, 2011, 581-586.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *La actualización del Código penal de 1989*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1986.

BOIX REIG, Javier: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, en: BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Volumen I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, 2ª, Iustel, 2016, 389-398.

BOIX REIG, Javier/ORTS BERENGUER, Enrique: *La reforma penal de 1989*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel: *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 CP. Subtipos agravados del artículo 183.4 CP. El delito del artículo 183 bis CP*, Cursos de formación del Ministerio Fiscal, Madrid, 2016.

CANCIO MELIÁ, Manuel: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.): *Memento Práctico Penal 2017*, Francis Lefebvre, 2016, 981 y ss.

CANO CUENCA, Adoración: *Tratamiento práctico de los delitos contra la libertad sexual. Especial referencia a los abusos sexuales a menores*, en: ROIG TORRES, Margarita (dir.), *Tratamiento penal de la delincuencia sexual. Comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 79-109.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona, 1990.

CARMONA SALGADO, Concepción: *Protección penal de los menores en el marco de algunos supuestos agravados en del art. 180 CP*, en: RDPC 19 (2007), 173-216.

CARUSO FONTÁN, María Viviana: *Unidad de acción y delito continuado. Delimitación de supuestos problemáticos* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

COBO DEL ROSAL, Manuel: *El delito de rapto*, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo II*, 1ª, Edersa, Madrid, 1983, 392 y ss.

CUERDA ARNAU, María Luisa: *Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores*, en: RECPC 19-09 (2017), 1-45.

CUGAT MAURI, Miriam: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda)*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

DÍAZ MORGADO, Celia: *Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/MIR PUIG, Santiado (dirs.)/VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 653-706.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?*, en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Edisofer, Madrid, 2007, 335-379.

- *Autoría y participación*, en: REJ 10 (2008), 13-61.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/TRAPERO BARREALES, María A.: *La "edad del consentimiento sexual" en la reforma del Código Penal de 2015*, en: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo/ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, 871-894.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterio de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*, Boch, Barcelona, 1991.

- *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Boch, Barcelona, 1985.

- *Las últimas reformas en el Derecho penal sexual*, en: EPC XIV (1991), 43-108

- *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, en: RDPC 6 (2000), 69-101.

- *Delitos sexuales*, en: *Política criminal y Derecho penal - Estudios*, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 728-777.

DURÁN SECO, Isabel: *Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales)*, en: Revista quincenal TSJ y AP 12 (1998), Aranzadi, Navarra, 9-28.

- *La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de la LO de 14 de noviembre de 2008*, en: La Ley Penal 63 (2009), 18 y ss.

FARALDO CABANA, Patricia: *Acusados: violación, género y Derecho penal*, en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/ALONSO RIMO, Alberto/ROIG TORRES, Margarita (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través el arte y la cultura*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 292-304.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *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*, en: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.)/DEL CARPIO DELGADO, Juana/GALÁN MUÑOZ, Alfonso (coords.): *Análisis de las reformas penales: presente y futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 141-189.

- *La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo*, en: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, *La reforma del Código Penal a debate, Cuadernos penales José María Lidón 12* (2016), 261-319.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Especial referencia a la prostitución y los Derechos Humanos*, en: GARCÍA CARCÍA-CERVIGÓN, Josefina/RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia: *Política criminal y Derechos Humanos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, 203-239.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abusos sexuales*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.): *Derecho Penal Español. Parte especial I*, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 581-626.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, en: RECPC 07-04 (2005), 1-35.

- *De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (artículos 183 a 183 quater)*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 2, Aranzadi, Navarra, 2015, 571-538.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Prefacio*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coords.), ***Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015***, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 7-16.

GONZÁLEZ RUS, Juan José: *Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995*, en: CPC 59 (1996), 321-371.

LAMARCA PÉREZ, Carmen: *La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal*, en: JD 27 (1996), 50-61.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María/CARRERA FERNÁNDEZ, María Victoria/RODRÍGUEZ CASTRO, Yolanda/ALONSO ÁLVAREZ, Alberto: *Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales en la infancia*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María/ORTS BERENGUER, Enrique (coords.), ***Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial***, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 39-67.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

- *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010*, en: RDCP 15 (2010), 85-103.

- *El menor ante los abusos y agresiones sexuales*, en: AJM 10 (2010), 51-79.

- ***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***, Boch Penal, Barcelona, 2011.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), ***Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)***, Dykinson, Madrid, 2015, 433-485.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 21ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017. También ha sido consultada la 18ª, 2010.

MUÑOZ CUESTA, Javier/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo: ***Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015***, Aranzadi, Navarra, 2015.

NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: ***Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno al “no hacer” desvalorado***. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

ORTS BERENGUER, Enrique: *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

- *Delitos contra la libertad sexual*, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, volumen I (artículos 1 a 233)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, 904-977

- *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I) y (II)*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.), *Derecho Penal. Parte especial. Revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, 5ª*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 172-207.

ORTS BERENGUER, Enrique/ALONSO RIMO, Alberto: *Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María/ORTS BERENGUER, Enrique (coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 27-37.

ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho penal español. Parte especial. Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, 7ª*, Tirant Lo Blanch, 2015.

RAMOS TAPIAS, María Inmaculada: *La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE*, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/AGUADO CORREA, Teresa (coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2015, 107-138.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: *El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quater CP*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ª*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 599-606.

- *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ MESA, María José: *La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal*, en: RDPP 32 (2013), 227-267.

ROPERO CARRASCO, Julia: *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013*, en: EPC XXXIV (2014), 225-300.

RUBIO LARA, Pedro Ángel: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en: *Manual Teórico de Derecho Penal II. Parte especial de Derecho penal (Adaptado a las reformas de 2015)*, Tirant Lo Blanch, 2017, 53-67.

SÁINZ CANTERO, José Antonio: *La reforma del Derecho penal sexual*, en: ADPCP, 1978, 237-258.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª, Dykinson, Madrid, 2015, 267-292.

SOLAZ SOLAZ, Esteban: *Algunas especialidades en el proceso penal por delitos sexuales*, en: ROIG TORRES, Margarita (dir.): *Tratamiento penal de la delincuencia sexual. Comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 59-78.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coords.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 574-591.

- *Agresiones y abusos sexuales a menores*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.): *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 71-86.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Navarra, 2000.

- *Delitos contra la indemnidad sexual de menores*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, 421-434.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *La reforma penal de 2015: una valoración genérica*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 18-30.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador/ORTS BERENGUER, Enrique: *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España*, en: MUÑOZ

CONDE, Francisco/LORENZO SALGADO, José Manuel/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio/NÚÑEZ DE PAZ, Miguel Ángel (dirs.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, 1139-1152.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional
STC núm. 53/1985, de 11 de abril (RTC 53)
STC núm. 211/1991, de 11 de noviembre (RTC 211)
STC núm. 229/1991, de 28 de noviembre (RTC 229)
STC núm. 195/2002, de 28 de octubre (RTC 195)
ATC núm. 175/2007, de 27 de febrero (RTC 175)
Tribunal Supremo
STS núm. 1903/1994, de 2 noviembre (RJ 8386)
STS núm. 1728/1999, de 5 de abril de 2000 (RJ 3728)
STS núm. 1222/2000, de 7 de julio (RJ 5673)
STS núm. 883/2001, de 17 mayo (RJ 5654)
STS núm. 986/2001, de 24 de mayo (RJ 4562)
STS núm.1492/2001, de 25 de julio (RJ 9010)
STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre (RJ 8996)
STS núm. 163/2005, de 11 octubre (RJ 8490)
STS núm. 463/2006, de 27 de abril (RJ 2256)
STS núm. 267/2008, de 23 mayo (RJ 3608)
STS núm. 849/2009, de 27 julio (RJ 4615)
STS núm. 1142/2009, de 24 noviembre. (RJ 7913)
STS núm. 575/2010, de 10 de mayo (RJ 5181)
STS núm. 742/2010, de 15 julio (RJ 3513)
STS núm. 829/2010, de 30 de septiembre (RJ 7657)
ATS núm. 111/2012, de 12 de enero (JUR 62009)
STS núm. 103/2012, de 27 de febrero (RJ 2965)
STS núm. 235/2012, de 4 de mayo (RJ 5990)
STS núm. 968/2012, de 20 de noviembre (RJ 11212)
STS núm. 965/2012 de 30 de noviembre (RJ 44)
STS núm. 338/2013, de 19 de abril (RJ 3297)
STS núm. 355/2013, de 3 de mayo (RJ 4648)
STS núm. 609/2013, de 10 de julio (RJ 7723)
STS núm. 702/2013, de 1 de octubre (RJ 7327)
STS núm. 61/2014, de 3 de febrero (RJ 818)

ATS núm. 263/2014, de 6 de febrero (RJ 2014)
STS núm. 168/2014, de 6 marzo (RJ 1888)
STS núm. 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2756)
STS núm. 256/2014, de 18 de junio (RJ 3963)
STS núm. 553/2014, de 30 de junio (RJ 3524)
STS núm. 560/2014, de 9 de julio (RJ 4030)
STS núm. 803/2014, de 12 de noviembre (RJ 5915)
STS núm. 737/2014, de 18 de noviembre (RJ 5722)
STS núm. 97/2015, de 24 de febrero (RJ 1405)
STS núm. 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208)
STS núm. 274/2015, de 30 de abril (RJ 1972)
STS núm. 490/2015, de 25 de mayo (RJ 3644)
STS núm. 355/2015, de 28 mayo (RJ 2491)
STS núm. 398/2015, de 17 junio (RJ 319)
STS núm. 530/2015, de 17 de septiembre (RJ 4003)
STS núm. 582/2015, de 7 octubre (RJ 4405)
STS núm. 844/2015, de 23 diciembre (RJ 6287)
STS núm. 108/2016, de 18 de febrero (RJ 602)
STS núm. 111/2016, de 19 febrero (RJ 598)
STS núm. 112/2016, de 19 febrero (RJ 708)
STS núm. 200/2016, de 10 marzo (RJ 835)
STS núm. 299/2016, de 11 abril (RJ 1244)
STS núm. 480/2016, de 2 de junio (RJ 2722)
STS núm. 547/2016, de 22 junio (RJ 2821)
STS núm. 953/2016, de 15 de septiembre (RJ 5913).
STS núm. 777/2016, de 19 octubre (RJ 4959)
STS núm. 782/2016, de 19 de octubre (RJ 4935)
STS núm. 837/2016, de 4 noviembre (RJ 5369)
STS núm. 953/2016, de 15 de diciembre (RJ 5913)
STS núm. 1001/2016, de 18 de enero (RJ 54)
STS núm. 17/2017, de 20 de enero (RJ 331)
STS núm. 48/2017, de 2 de febrero (RJ 570)
STS núm. 109/2017, de 22 febrero (RJ 520)

STS núm. 125/2017, de 27 de febrero (RJ 1638)
ATS núm. 601/2017, de 23 de marzo (JUR 100088)
STS núm. 246/2017, de 5 abril. (RJ 1368)
STS núm. 415/2017, de 8 junio (RJ 2909)
STS núm. 434/2017, de 15 junio (RJ 2900)
STS núm. 468/2017, de 22 de junio (RJ 3674)
ATS núm. 1189/2017, de 20 julio (JUR 246459)
ATS núm. 1442/2017, de 2 noviembre (JUR 29473)
STS núm. 786/2017, de 30 de noviembre (RJ 5658)
STS núm. 9/2018, de 15 de enero (RJ 23)
STS núm. 43/2018, de 25 enero (JUR 29616)
STS núm 125/2018, de 15 de marzo (RJ 1547)
Tribunales Superiores de Justicia
STSJ Aragón (Secc. 1ª) núm. 29/2017, de 14 diciembre (JUR 22938)
Audiencias Provinciales
SAP León (Secc. 2ª) núm. 8/2005, de 28 septiembre (JUR 242275)
SAP Málaga (Secc. 3ª) núm. 10/2010, de 7 de enero (JUR 238385)
SAP Islas Baleares (Secc. 1ª) núm.101/2014, de 10 octubre (ARP 1482)
SAP La Rioja (Secc. 1ª) núm. 151/2015, de 17 diciembre (JUR 39609)
SAP Madrid (Secc. 26ª) núm. 185/2016, de 15 de marzo (ARP 485)
SAP Guadalajara (Secc. 1ª) núm. 8/2016, de 4 de abril (JUR 106259)
SAP Granada (Secc. 1ª) núm.194/2016, de 5 de abril (JUR 224083)
SAP Alicante (Secc. 3ª) núm. 234/2016, de 31 de mayo (ARP 1031)
SAP León (Secc. 3ª) núm. 312/2016, de 4 de julio (ARP 922)
SAP Islas Baleares (Secc. 1ª) núm. 23/2017, de 28 de marzo (JUR 117988)
SAP Madrid (Secc. 1ª) núm. 147/2017, de 4 abril (JUR 145110)
SAP Islas Baleares (Secc. 1ª) núm. 28/2017, de 25 abril (ARP 1104)
SAP Navarra (Secc. 1ª) núm. 94/2017, de 8 de mayo (ARP 803)
SAP Zaragoza (Secc. 3ª) núm. 223/2017, de 7 junio (JUR 185840)
SAP Cádiz (Sección 4ª) núm. 169/2017, de 12 junio (JUR 305601)
SAP Madrid (Secc. 3ª) núm. 334/2017, de 20 julio (JUR 23976)
SAP Salamanca (Secc. 1ª) núm. 17/2017, de 29 de septiembre (JUR 310498)
SAP Orense (Secc. 2ª) núm. 326/2017, de 25 de octubre (JUR 291035)

SAP Castellón (Secc. 2ª) núm. 295/2017, de 6 de noviembre (ARP 1357)
SAP Las Palmas (Secc. 2ª) núm. 338/2017, de 6 de noviembre (JUR 131115)
SAP Madrid (Secc. 5ª) núm. 95/2017, de 21 de diciembre (ARP 1671).
SAP Barcelona (Secc. 21ª) núm. 11/2018, de 15 de enero (JUR 16243)
SAP Madrid (Sección 1ª) núm. 32/2018, de 1 febrero (JUR 32913)