

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2013/ 2014

LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS

CRIMES OF SEXUAL ABUSE AND AGGRESSION AT
MINORS UNDER THIRTEEN YEARS OF AGE



Realizado por el alumno Dña. Carla Lucas Zardoya

Tutorizado por la Profesora Dra. María A. Trapero Barreales

VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE GRADO

La Profesora Dña. María A. Trapero Barreales como Tutora del Trabajo Fin de Grado titulado “Los delitos de abuso y agresión sexuales a menores de trece años” realizado por Dña. Carla Lucas Zardoya en el Grado Universitario en Derecho, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al art. 15.3 del R.D. 1393/2007, de 29 de octubre.

En León a 15 de diciembre de 2014

VºBº

Fdo.: _____

ÍNDICE

I.	ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
II.	RESUMEN	5
III.	OBJETIVOS	7
IV.	METODOLOGÍA	8
V.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU TRAYECTORÍA HISTÓRICA	9
	1. <i>Introducción</i>	9
	2. <i>Honestidad</i>	9
	3. <i>Libertad sexual</i>	11
	4. <i>Indemnidad sexual</i>	12
VI.	LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUALES A MENORES DE 13 AÑOS	15
	1. <i>Introducción</i>	15
	2. <i>El sujeto activo en los delitos de abusos y agresiones sexuales</i>	17
	3. <i>El sujeto pasivo en los delitos de abusos y agresiones sexuales</i>	19
	4. <i>El elemento diferenciador: medios comisivos en los delitos de abuso y agresión sexuales</i>	20
	5. <i>La conducta típica en los delitos de abusos y agresiones sexuales</i>	24
	a) <i>Tipo básico: art. 183. 1 y 2 CP</i>	24
	b) <i>Tipo cualificado: art. 183.3 CP</i>	26
	c) <i>Comentario general respecto de las penas previstas en ambos tipos</i>	28
	6. <i>Agravaciones aplicables a los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidas sobre menores de trece años: art. 183.4 y 5 CP</i>	29
	a) <i>Escaso desarrollo intelectual o físico que coloca a la víctima en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años</i>	29
	b) <i>Actuación conjunta de dos o más personas</i>	30
	c) <i>Violencia o intimidación ejercidas con un carácter particularmente degradante o vejatorio</i>	32
	d) <i>Prevalimiento de la relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima</i>	33
	e) <i>Peligro en la vida del menor</i>	37

f) <i>Infracción cometida en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades</i>	38
g) <i>Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público</i>	39
7. <i>Tipo subjetivo</i>	40
VII. EL DELITO DE CIBERACOSO SEXUAL O “CHILD GROOMING”	43
1. <i>Introducción</i>	43
2. <i>Conducta típica</i>	44
a) <i>Tipo básico</i>	44
b) <i>Tipo cualificado</i>	48
3. <i>Los sujetos del delito</i>	49
4. <i>Tipo subjetivo</i>	49
VIII. EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013	50
1. <i>¿Reforma necesaria? Motivos y críticas generales</i>	50
2. <i>Principales cambios en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores: art. 183 CP</i>	52
a) <i>Elevación de la edad del sujeto pasivo: 16 años</i>	52
b) <i>Cambios en la conducta típica del art.183</i>	55
3. <i>Nuevo delito tipificado en el art. 183 bis CP</i>	59
4. <i>Cambios en el delito de ciberacoso: nuevo art.183 ter CP</i>	63
5. <i>El art. 184 quáter CP</i>	65
IX. CONCLUSIONES	67
X. BIBLIOGRAFÍA	69

I. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Anteproyecto Octubre 2012	Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
AP	Audiencias provinciales
ARP	Aranzadi penal
art./s.	Artículo/s
BOCG	Boletín oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CF	Consejo Fiscal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord./s.	Coordinador/Coordinadores
CP	Código penal
dir./s.	Director/Directores
DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
INE	Instituto nacional de estadística
JAI	Justicia y Asuntos de interior

JUR	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi (Sentencias y autos de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Juzgados Aranzadi)
LO	Ley Orgánica
núm.	Número
PE	Parte especial
Proyecto Septiembre 2013	Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
RJ	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
s./ ss.	siguiente/s
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de Menores
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

II. RESUMEN

Este trabajo está orientado al estudio de determinados delitos sexuales cuando la víctima es menor de trece años. En concreto, está centrado en los delitos de abuso, agresión y ciberacoso sexual.

El presente estudio pretende realizar un análisis exhaustivo de las figuras delictivas señaladas, analizando cada uno de los elementos típicos utilizados en la descripción de los delitos que aparecen en los arts. 183 y 183 bis CP. En el análisis se ha dedicado especial atención al bien jurídico protegido, la conducta típica en la que consiste el delito, y los sujetos intervinientes en su ejecución. También se ha hecho especial referencia a las penas de prisión que se prevén para cada modalidad delictiva.

Por otro lado, se analizan los futuros cambios que el Proyecto de reforma de septiembre 2013 pretende llevar a cabo en este tipo de delitos sexuales. Destacando la especial relevancia del cambio propuesto en la edad de la víctima, pues se propone elevarla de trece a dieciséis años.

Palabras clave: delitos sexuales, menores de trece años, abuso, agresión, ciberacoso, bien jurídico, conducta típica, sujetos intervinientes, penas de prisión, Proyecto de reforma.

ABSTRACT

This research is oriented to study the sexual crimes against children. At the same time, this research is centred on offences of sexual abuse and aggression, and cybercrime, set out in the Spanish Criminal Code.

This study analyses the offences referred to in Articles 183 and 183a of the Spanish Criminal Code. The goal is to show the legal right protected and the criminal conduct. Furthermore, the intention is also to analyse the perpetrator of sexual crime and the victim of this crime, with a particular focus on penalty imprisonment stipulated.

On the other hand, this research analyses the future expected changes in sexual offenses because of the proposed reform of the Project September 2013. Raising the age of victims from thirteen to sixteen years is the most significant change.

Keywords: sexual crimes against children, abuse, aggression, cybercrime, legal right, criminal conduct, perpetrator and victim, penalty imprisonment, reform of the Project.

III. OBJETIVOS

Con el presente trabajo se pretende ofrecer un análisis detallado de los delitos de abusos y agresiones sexuales cuando la víctima es una persona menor de trece años. La finalidad última es averiguar si el CP protege de manera adecuada y suficiente a los menores de trece años de este tipo de prácticas sexuales.

En concreto, el estudio se ha centrado en los siguientes objetivos:

1. Concreción del bien jurídico protegido en esta tipología delictiva.
2. Análisis de los sujetos activo y pasivo, y su respectiva intervención en la ejecución del delito.
3. Determinación de la conducta típica en los abusos y agresiones sexuales (arts. 183.1 y 2), haciendo especial referencia a la discusión doctrinal que existe en torno a la idea de si debe exigirse o no un contacto corporal directo entre el autor y la víctima del delito.
4. Análisis del elemento diferenciador en la conducta típica de los abusos y las agresiones: los medios comisivos de violencia e intimidación en las agresiones.
5. Análisis del tipo cualificado por “acceso carnal” (art. 183.3), haciendo referencia a las reformas de LO 11/1999 y LO 15/2003. Y análisis de las circunstancias cualificadoras que agravan el delito (art. 183.4 y 5).
6. Referencia a los marcos punitivos que establece el CP, introducidos por la LO 5/2010, para la tipología de abusos y agresiones a menores de trece años.
7. Análisis de la discusión doctrinal, que ha venido existiendo, en torno a la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto adicional o transcendente al dolo.
8. Análisis del delito de ciberacoso sexual o “child grooming” (art. 183 bis) como acto preparatorio de los delitos de abusos y agresiones.
9. Estudio sobre la propuesta de reforma del Proyecto septiembre 2013. Se trata de realizar una comparación con la regulación vigente en aras de determinar si realmente esta reforma es necesaria.

IV. METODOLOGÍA

Para conseguir un estudio completo y detallado de los delitos de abuso y agresión sexuales a menores de trece años, y así poder cumplir con los objetivos propuestos, se ha seguido la siguiente metodología:

Primero, tras la elección de la tutora, la Dra. María A. Trapero Barreales, se ha procedido a escoger el tema. Para la elección del tema se ha tenido en cuenta su interés y actualidad, pues los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años son delitos de comisión habitual. Así mismo, se ha seleccionado, por ser una tipología delictiva que pretende modificarse en gran medida con la propuesta de reforma del CP del Proyecto septiembre 2013.

Segundo, con la ayuda de la tutora se ha seleccionado toda la información necesaria para la realización del trabajo. Se han ido recopilando las distintas fuentes, como manuales, monografías, artículos, legislación, informes y jurisprudencia. Una vez recopiladas todas las fuentes de información se ha llevado a cabo su organización y estudio.

En cuanto a la jurisprudencia utilizada, se han escogido las sentencias más relevantes en materia de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años dictadas, principalmente, por el TS y las distintas AP, reduciendo la selección desde el año 2010 hasta la actualidad. La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP ha introducido cambios muy significativos en la regulación de estos delitos, motivo por el cual se ha considerado oportuno limitar el análisis jurisprudencial a los asuntos ocurridos una vez ha entrado en vigor esta reforma (en diciembre de 2010).

Tercero, finalmente se ha redactado el trabajo siguiendo el sistema de citas recomendado por la tutora, siguiendo por tanto las pautas que más se ajustan al sistema de citas propio del área jurídico-penal.

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU TRAYECTORÍA HISTÓRICA

1. Introducción

Para poder interpretar los delitos sexuales en materia de menores interesa primero, como en toda figura delictiva, determinar el bien jurídico concreto para saber cuál es exactamente el objeto que se pretende proteger con su tipificación.

Es necesario introducir el tema hablando de delitos sexuales en general, ya que la evolución política, social y económica que se ha visto en España en el último cuarto del siglo XX hasta la actualidad ha tenido un reflejo claro en la forma de explicar el bien jurídico en los delitos sexuales. La cuestión del bien jurídico ha sido una cuestión controvertida, y síntoma de dicho carácter polémico y controvertido son las reformas¹ que ha sufrido al respecto, en este tipo de delitos, ya el CP anterior desde la entrada en vigor de la CE, así como el CP vigente hasta nuestros días, la última pendiente de ser tramitada, en el proyecto de reforma de septiembre de 2013²”.

2. Honestidad

Ya desde el CP de 1848 el Título en el que se englobaban los delitos sexuales llevaba como rúbrica “Delitos contra la honestidad”, de la utilización de este término, honestidad, se podía deducir que este era el bien jurídico protegido. A tal conclusión

¹ Destacando en el CP anterior la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento (con la que se suprimen los delitos de adulterio y amancebamiento), la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP (con la que se introduce la rúbrica “delitos contra la libertad sexual”), la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del libro II del CP, aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre (con la que se introduce la indemnidad sexual como bien jurídico), la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (con la que se extiende la tipicidad al delito de corrupción de menores), y, de momento, la LO 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (con la que se redacta el nuevo capítulo II bis “de los abusos y agresiones sobre menores de trece años” y se crea la nueva figura delictiva “child grooming”).

² Este Proyecto de reforma es fruto del siguiente proceso: El 16 de julio de 2012 el Ministerio de Justicia hizo público un borrador de Anteproyecto de LO, el 11 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de reforma del CP que fue sometido a informe del CF y CGPJ, el 4 de abril de 2013 fue remitido al Consejo de Estado el Anteproyecto de LO de modificación del CP y en este se incluyeron cuestiones novedosas que no estaban previstas en el Anteproyecto remitido al CGPJ. Con ello se incurriría en un vicio de procedimiento en la iniciativa legislativa del Gobierno que, en caso de persistir, podría provocar no sólo un conflicto de competencias entre dos órganos constitucionales sino la nulidad de una eventual ley de reforma del CP en las concretas materias no sometidas al preceptivo informe del CGPJ. Finalmente el 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros dio luz verde al ya Proyecto de LO de reforma del CP, remitiéndolo a las Cortes, y el 4 de Octubre de 2013 se publicó en el BOCG.

podría llegarse desde la idea que se utiliza inicialmente en la formulación de los bienes jurídicos por el Derecho penal, en las rúbricas de los Títulos y/o de los Capítulos en los que se estructura un CP, el legislador estaría identificando (inicialmente al menos) el bien jurídico que se pretende proteger a través de las figuras delictivas ubicadas en dichos Títulos y/o Capítulos.

Sin embargo, ésta rúbrica creaba confusión respecto al bien jurídico exacto que se protegía, pues se ha entendido que el término honestidad no expresaba acertadamente el bien jurídico³. Es decir, dicho término constituía un concepto genérico y abstracto que, lejos de configurar un interés susceptible de protección, se presentaba como una cualidad del sujeto. En otro caso, de defenderse que el bien jurídico era la honestidad, esta postura tenía como consecuencia que se dejaba fuera del ámbito de protección todo acto sexual perpetrado sobre personas a las que la sociedad no atribuía esa cualidad de honestas por no ajustarse a los cánones sociales mayoritarios⁴, como por ejemplo las personas prostituidas.

Por ello, se puede decir que la rúbrica “Delitos contra la honestidad” no parecía referirse a que en materia de delitos sexuales tuviera que ser la honestidad el bien jurídico protegido, sino más bien parece que dicho término hacía referencia a la conducta del delito. Esto significa que los delitos recogidos bajo esta rúbrica eran una serie de delitos coincidentes en que todos ellos producían la lesión del bien jurídico correspondiente por medio de una acción deshonestas⁵.

Rechazada la idea de la honestidad como bien jurídico hay que determinar cuál es el bien que se pretendía proteger, cual es el bien que se veía lesionado por medio de la acción deshonestas. Y es que en este sentido se podía llegar a hacer referencia a la *moral sexual* como ese bien, entendido como un sentimiento de decencia y moralidad

³ Así CARMONA SALGADO, *Abusos deshonestos*, 1981, 25, afirmaba: “Muchas de las titulaciones legales existentes no son en absoluto concluyentes cuando se trata de determinar el objeto jurídico protegido en las diversas figuras que se incluyen bajo su órbita tal y como sucede en nuestro propio Código y, concretamente, en el Título IX de su Libro II, en materia de ‘delitos contra la honestidad’, en el que las denominaciones legales no sólo son en ocasiones confusas sino también desacertadas”.

⁴ Así lo defienden autores como CARMONA SALGADO, *Abusos deshonestos*, 1981, 24; DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 15 y 16; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 14; CARUSO FONTÁN, *Delitos contra la libertad sexual*, 2006, 89 y 90.

⁵ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 16.

en el ámbito sexual o la moral y las buenas costumbres, basándose en la existencia de un orden social con una moralidad anclada que, efectivamente, había que proteger en cuanto fuera necesario para mantener ese orden social⁶.

Ahora bien, la doctrina mayoritaria, ya en este momento histórico, ha defendido la *libertad sexual* como bien jurídico basándose en la idea de que legislar conforme a la moral implica imponer a toda la sociedad las creencias y valoraciones de un grupo determinado, lo cual es contrario a una sociedad pluralista y democrática⁷.

3. *Libertad sexual*

El hecho de que se hablase ya de *libertad sexual* como bien jurídico protegido en los delitos sexuales es fruto de la reforma que supuso la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP al sustituir en el Título IX la vieja rúbrica “Delitos contra la honestidad” por la nueva “Delitos contra la libertad sexual”⁸. Ello supuso la eliminación de la carga moralizante en los delitos sexuales al sustituir la protección del valor colectivo de la honestidad o el de la moral sexual por la libertad individual concretada en la manifestación de lo sexual⁹.

⁶ Así, por ejemplo, CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 92, se refiere a los delitos contra la honestidad como aquellos delitos “a través de los cuales el legislador histórico vino sancionando comportamientos que, desde una determinada concepción de la moral sexual del momento, se consideraban contrarios a los principios y valores sentidos por la mayoría”.

⁷ Así lo defienden, entre otros, CARMONA SALGADO, *Abusos deshonestos*, 1981, 26; DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 20 y 21; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 16; TAMARIT SUMALLA, *Protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, 2ª, 2002, 58; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 177.

⁸ ORTS BERENGUER, en: BOIX REIG/ORTS BERENGER/VIVES ANTÓN, *Reforma penal de 1989*, 1989, 135; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; y MUÑOZ CONDE, *PE*, 18ª, 2010, 215, señalan el hecho de que esta reforma se efectuó “para respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido”. También en la exposición de motivos de la propia LO 3/1989 se hace referencia a esta idea para justificar el cambio de la rúbrica del Título IX del libro II CP anterior.

⁹ Para más detalle sobre esta cuestión véase, entre otros, ORTS BERENGUER, *Libertad sexual*, 1995, 22; DÍEZ RIPOLLÉS, en: DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios CP II*, 2004, 215 y 216; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 92; CANCIO MELIÁ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del CP*, 2011, 359; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 175.

Esta nueva rúbrica “Delitos contra la libertad sexual” más adelante pasó a utilizarse en el nuevo CP de 1995 tras su aprobación por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, en el Título VIII del libro II.

Respecto al concepto de libertad sexual hay que señalar que va de la mano del concepto de libertad personal, pues hablar de libertad sexual supone hablar de libertad personal, hasta tal punto que se ha entendido que la primera es una manifestación de la segunda. Es por ello que el concepto de libertad sexual ha sido definido como la capacidad para autodeterminarse sexualmente, y es precisamente esa autodeterminación la que le es propia a la persona. Esto conlleva que el titular al cual pertenece esa capacidad para autodeterminarse pueda decidir sobre su comportamiento sexual, en otras palabras, se trata de una formación libre de la voluntad dentro del ámbito sexual¹⁰.

Así mismo, hablar de libertad sexual supone hablar de una diversificación de la misma en dos vertientes¹¹: en su *vertiente positiva* viene a determinarse como la libertad de decisión, como la libre voluntad sexual dentro de la autorrealización personal del individuo, es decir, la libre disposición del propio cuerpo a efectos sexuales. Pero también conviene referirse a la *vertiente negativa* que supone entender la libertad sexual en un sentido defensivo, como el derecho inherente a la persona de no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad o sin su consentimiento.

4. *Indemnidad sexual*

La introducción del término *indemnidad sexual* en el ordenamiento jurídico español es fruto de la reforma que supuso la LO 11/1999, de 30 de abril, de

¹⁰ Defienden la libertad sexual como una manifestación de la libertad personal singularizada en la esfera sexual como una de las esferas vitales del individuo, entre otros: DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 24; en: DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.). *Comentarios CP II*, 2004, 223; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 14; CARUSO FONTÁN, *Delitos contra la libertad sexual*, 2006, 100 y 101; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 177.

¹¹ Véase, entre otros: CARMONA SALGADO, *Abusos deshonestos*, 1981, 28 a 31; DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 23; ORTS BERENGUER, *Libertad sexual*, 1995, 24; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 17; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 92; CARUSO FONTÁN, *Delitos contra la libertad sexual*, 2006, 153; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 177; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 708. RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 17.

modificación del Título VIII del libro II del CP, al establecer la nueva rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”.

Esta reforma responde a la corriente doctrinal que ha defendido la existencia de un bien jurídico distinto en los delitos sexuales en los que se ven afectados menores e incapaces. Este sector doctrinal entiende que no es la libertad sexual en sentido estricto el objeto de protección, sino que es la “*indemnidad*” o “*intangibilidad*” sexual el objeto de tutela en estos casos, pues se considera sexualmente intocables a personas que poseen determinadas cualidades o que se encuentran en determinadas situaciones, y se las protege en consecuencia. La indemnidad sexual sería el derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual¹².

Esta distinción está basada en la idea de que este tipo de personas carecen de la autonomía necesaria para poder hablar de libertad sexual, no se les reconoce la capacidad suficiente para decidir sobre su comportamiento sexual, para decidir sobre si mantener o no este tipo de relaciones, pues se dice que no poseen la autodeterminación con la que se define la libertad sexual. Es por ello que, al proteger su indemnidad sexual, que nadie puede lesionar, se trata de proteger su libertad sexual futura, su posibilidad de decidir libremente sobre su sexualidad en el futuro, pues estos sujetos tienen derecho a no sufrir interrupciones en el proceso de formación de la personalidad. En definitiva por su especial vulnerabilidad se trata de asegurar en el menor una evolución y desarrollo de la personalidad normal permitiendo que, llegado el momento, pueda decidir con plena libertad sus opciones sexuales¹³.

¹² RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 32, recurre a la definición de indemnidad en el DRAE “estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”; adjetivada como sexual, la indemnidad es el “estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio sexual”.

¹³ De esta corriente doctrinal destaca MUÑOZ CONDE, *PE*, 19^a, 2013, 209 y 210, quien señala que no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido en menores e incapaces, dado que ambos sujetos pasivos carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, en el caso del menor se pretende proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, se pretende evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales. Comparten esta postura, entre otros, VELÁZQUEZ BARÓN, *Abusos sexuales*, 2^a, 2004, 8; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 93; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 178; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2^a, 2011, 708; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores*

No hay que olvidar que, aunque el legislador haya considerado la *indemnidad sexual* como bien jurídico protegido en los casos señalados, en sentido contrario existe otra corriente doctrinal que rechaza el concepto de indemnidad sexual. Esta tesis doctrinal defiende que también en el caso de menores e incapaces se protege la libertad sexual. Esta doctrina minoritaria se basa en la idea de que al proteger la libertad sexual no se trata simplemente de garantizar a toda persona que posea capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que se quiere asegurar que el comportamiento sexual de toda persona se realice siempre en condiciones de libertad, se trata de penalizar las conductas sexuales en las que se involucre a otros sin su voluntad¹⁴.

Sobre esta cuestión, hay quien se pronuncia señalando que los menores e incapaces al igual que el resto de sujetos poseen libertad sexual, pero por su “especialidad” esta no le es reconocida y a su consentimiento no se le atribuye idéntico papel que al de los demás. Esa especialidad radica en que mientras a los adultos psíquicamente sanos se les supone capacidad suficiente para gestionar autónomamente el impulso sexual a los menores y a los incapaces no. La diferente protección de mayores y menores e incapaces se justifica en el interés que tiene el Estado de asegurar que el proceso relacional de la actividad sexual se desarrolle en libertad y es por ello que rodea de cautelas la actividad sexual con estas personas. Sin embargo, esa tutela cualificada no supone un pronunciamiento sobre su libertad sexual, pues no se prohíben conductas sexuales tales como la masturbación, ni mantener relaciones sexuales con otros menores de su misma edad. Lo que ocurre es que el legislador presume que si un menor o un incapaz entabla relaciones con un adulto este puede manipularlo, y para

de trece años, 2011, 57-64; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 193; RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 17.

¹⁴ En esta doctrina minoritaria destaca DÍEZ RIPOLLÉS, *Libertad sexual*, 1985, 27 y 28; y DÍEZ RIPOLLÉS, en: DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.). *Comentarios CP II*, 2004, 221 y 222. En su opinión con la tutela de la libertad sexual no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con las pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad. Comparte esta postura TAMARIT SUMALLA, *Protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, 2ª, 2002, 59.

protegerlo presume *iuris et de iure* que no tiene capacidad para relacionarse con mayores¹⁵.

VI. LOS DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUALES A MENORES DE 13 AÑOS

1. Introducción

Una vez introducido el bien jurídico que resulta tutelado en el Título VIII del CP se da paso a una profundización en materia de menores dentro de esta tipología delictiva.

Tal y como se señaló anteriormente, la LO 11/1999, de 30 de abril, fue la que introdujo la referencia a la indemnidad sexual en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, es la última reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, la que refuerza aún más la protección de la indemnidad sexual, pues supuso que el legislador introdujese un nuevo Capítulo II bis en el Título VIII del Libro II del CP bajo la rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años*”. Con ello la reforma trataba de adaptar el ordenamiento jurídico español a la DM 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 infantil¹⁶.

Esta reforma de 2010 no significa la creación de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, pues ya se encontraban penalizados anteriormente en el Capítulo de las agresiones sexuales (en particular, en el art. 180.3 CP como tipo agravado) y en el Capítulo de los abusos sexuales (en el art. 181.2 CP como un supuesto de falta de consentimiento)¹⁷.

¹⁵ Así lo establece, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 19 y 20.

¹⁶ La finalidad de la DM 2004/68/JAI es la de otorgar especial protección para los niños que no se encuentran en la mayoría de edad sexual según su derecho nacional, así como la de propiciar un especial castigo para los supuestos en que se exponga al menor a un especial peligro para su vida o salud, o el delito se cometa en el marco de una organización delictiva.

¹⁷ Así lo advierte RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo CP*, 2012, 287.

Lo que el legislador hace con esta reforma es cambiar-reestructurar estos delitos sexuales cuando la víctima es menor de trece años, regulándolos de forma separada y estableciendo un margen de pena mayor en este nuevo Capítulo II bis, de este modo se proporciona una protección penal reforzada a la indemnidad del menor de trece años¹⁸.

Como se ha señalado, esta nueva regulación encuentra su principal motivo en la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la normativa europea. Sin embargo, no se puede dejar de lado el hecho de que esta nueva tipificación separada de los abusos y agresiones sexuales, cuando las víctimas son menores de trece años, obedece también a una segunda razón conectada con el aumento de los casos de pederastia o pedofilia, y su mayor repercusión y alarma social, y lo que llama la atención es que dentro de este Capítulo II bis no se haya incluido la protección de las personas incapaces que, en muchos casos, en cuanto a madurez mental, se pueden encontrar por debajo de la edad de trece años¹⁹. El legislador ha redactado dentro del Título VIII del CP, el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” donde protege la indemnidad sexual del menor (arts. 183 y 183 bis), dejando fuera de dicha protección a los sujetos incapaces, a los cuales equipara, en abusos y agresiones, con el resto de sujetos protegidos en los “delitos contra la libertad sexual” (arts. 178 – 180 CP).

Dentro de este Capítulo II bis se encuentran tipificados los siguientes delitos: el delito de abuso sexual a menores de trece años (art. 183.1 CP), el delito de agresión sexual a menores de trece años (art. 183.2 CP), también los tipos cualificados en ambos delitos (art. 183.3.4 y 5 CP), y finalmente el delito de ciberacoso sexual a menores de trece años, el llamado “child grooming” (art. 183 bis CP), delito que cada vez tiene más repercusión por los avances tecnológicos dados en los últimos años en la sociedad y el correspondiente acceso a los mismos.

¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 129.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 228.

2. *El sujeto activo en los delitos de abusos y agresiones sexuales*

Hay que determinar quién es la persona considerada como *sujeto activo* del delito, y es que este se entiende como *el sujeto que realiza el hecho que está tipificado como delito*, en este caso el delito de abuso o agresión sexual a un menor de trece años.

Es la redacción imprecisa del art. 183 CP “*el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*”, la que hace que la acción de atentar contra la indemnidad sexual del menor pueda entenderse realizada por cualquier sujeto con independencia de su sexo. De este modo, al igual que en los tipos generales de los arts. 178 y 181 CP relativos a los delitos de agresión y abuso sexuales respectivamente, el sujeto activo puede serlo tanto un hombre como una mujer²⁰, por ello este tipo de delitos reciben el tratamiento de *delitos comunes* al entenderse incluida en el sujeto activo cualquier persona que realice la acción que se describe en el tipo.

Así mismo, este tipo delictivo suele ser realizado por un solo individuo que responde al nombre de *autor directo*, clasificándose también como *delitos “de propia mano”*²¹ en los que solamente puede ser autor el que realiza personalmente la acción descrita en el tipo.

Ahora bien, respecto a la autoría del delito hay que realizar una distinción según se trate de una agresión o de un abuso sexual.

²⁰ En esta cuestión la doctrina es unánime, véase, entre otros, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 333 y 334; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 95; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 183; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 316; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 227; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 183; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Penal*, 2011, 813; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 709; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 180; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 677 y 693; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 180; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 213; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 74 y 80.

²¹ Véase, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 194 y 195; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 324; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 179; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 678; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 184.

Como se verá posteriormente, la propia dinámica del delito de agresión sexual precisa de la concurrencia de violencia o intimidación para poder llevarse a cabo (art. 183.2 CP), por lo que no es infrecuente que en su ejecución intervengan varias personas. Ejemplo de ello es el caso en que uno de los sujetos se encarga de aplicar violencia o intimidación sobre la víctima mientras el otro sujeto realiza los actos materiales de carácter sexual. En este supuesto, desde la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo formal se apreciaría claramente una *coautoría* considerando que el delito es realizado por dos o más sujetos entre los que existe un acuerdo de voluntades para llevar a cabo la acción delictiva, a través del cual, cada uno de los sujetos realiza una parte de la conducta típica²² (uno el comportamiento sexual y el otro la ejecución por medio de violencia o intimidación). Se constituiría una coautoría que, además, daría lugar a la aplicación del tipo cualificado “actuación conjunta de dos o más personas” del art 183.4.d)²³.

La calificación del delito como un delito de propia mano significa que una de la formas de autoría, la autoría mediata, consistente en la utilización de una persona de la que se sirve como instrumento para cometer la conducta típica del delito, no puede ser planteada. Pero esta conclusión no ha sido aceptada por algunos autores quienes califican el delito de agresión sexual como un delito de propia mano y, sin embargo, sí admiten que puede ser cometido en autoría mediata: el autor mediato será el sujeto que tiene dominio del hecho, utilizando a otra persona como instrumento para envolver en un contexto sexual a la víctima del contacto o conducta sexual²⁴.

En el caso de los abusos sexuales, a diferencia de lo que acontece en las agresiones, su propia dinámica no suele llevar consigo la intervención de terceros en la

²² Véase, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 715; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 184, ambos parten de la teoría del dominio del hecho y de la teoría objetivo formal apreciando en este supuesto la coautoría, y critican que el TS, en muchas ocasiones, no establece la coautoría y aplica las reglas generales de la participación considerando como cooperador necesario al sujeto que se limita a emplear violencia o intimidación; En este sentido, compartiendo esta última idea, véase, CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE II*, 2005, 98, quien no aprecia la coautoría sino la cooperación necesaria.

²³ Véase MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 218 quien afirma que procede la aplicación de esta circunstancia cualificadora “actuación conjunta de dos o más personas” señalando el art. 180.1.2 (mismo tipo cualificado cuando el sujeto es mayor de trece años).

²⁴ Véase MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 149 y 150; MUÑOZ CONDE 19ª, 2013, 218.

consumación del delito. Ciertamente es que en los abusos sexuales cuando se trata de abusos cometidos por determinados parientes, sí es relativamente frecuente que personas pertenecientes a ese núcleo familiar sean conocedoras y “consentidoras” de los abusos. En particular es la madre de la víctima la que conoce y consiente los abusos cometidos por el padre o por su pareja. Desde la configuración del delito de abusos sexuales como un delito de propia mano no es posible castigar a esta persona como autora en comisión por omisión (a parte de que habría otro problema añadido, la comisión por omisión es aplicable en delitos de resultado, no en delitos de mera actividad)²⁵. Descartada la calificación de autoría en comisión por omisión, si es posible recurrir a la participación en comisión por omisión, y así resuelven los tribunales, en especial cuando la participación se plantea respecto de los padres por incumplimiento de su deber de garante²⁶.

3. El sujeto pasivo en los delitos de abusos y agresiones sexuales

Como *sujeto pasivo* se entiende la persona titular del bien jurídico protegido en el delito, que en este caso es el *menor de trece años titular de su indemnidad sexual*.

En los delitos de agresiones y abusos sexuales el sujeto pasivo puede ser cualquier menor de trece años con independencia de su sexo, puede ser tanto hombre como mujer²⁷. Se excluyen en todo caso los actos sexuales realizados sobre cadáveres,

²⁵ VELÁZQUEZ BARÓN, *Abusos sexuales*, 2ª, 2004, 38; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 151.

²⁶ TAMARIT SUMALLA, *Protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, 2ª, 2002, 73, quien afirma: “La realidad muestra cómo el mantenimiento de una situación continuada de abuso de menores tan sólo puede explicarse en ocasiones por el rol pasivo adoptado por terceros. Tal sería el caso, por ejemplo, de la madre del menor o de la persona que convive con el autor de los abusos que, por miedo o por otras razones, no denuncia, se resigna o tolera el hecho”. En el mismo sentido véase, entre otros: VELÁZQUEZ BARÓN, *Abusos sexuales*, 2ª, 2004, 39; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 98; GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.) *PE I*, 2ª, 2011, 601; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 180.

²⁷ En esta cuestión, al igual que ocurre con el sujeto activo, la doctrina es unánime, véase entre otros, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 333 y 334; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 102; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 183; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 183; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Penal*, 2011, 813; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 709; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 677 y 693; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 180; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en:

pues en estos casos no se está vulnerando el bien jurídico de libertad ni indemnidad sexual ni hay sujeto pasivo del delito de agresión o abuso sexual²⁸.

Se entiende que en la edad de trece años se ha establecido la línea divisoria entre menores de edad sexual y mayores de edad sexual²⁹, límite de edad que, por otro lado, pretende ser modificado elevándose a los dieciséis años, a la vista de la propuesta de redacción del art. 183 en el Proyecto de septiembre de 2013. De momento, de la regulación vigente de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años parece concluirse que cualquier sujeto al cumplir los trece años alcanza la mayoría de edad sexual, tiene libertad sexual y puede consentir todo tipo de relaciones sexuales, independientemente de quién sea o de qué edad tenga el sujeto con quien las mantiene. Siempre que exista consentimiento resulta lícita toda actividad de naturaleza sexual que pueda practicar el mayor de trece años, y que no encaje en otros delitos sexuales como la prostitución, pornografía, corrupción de menores o abuso mediante engaño.

4. *El elemento diferenciador: medios comisivos en los delitos de abuso y agresión sexuales.*

Los primeros delitos a tratar son los delitos regulados en los arts. 183.1 y 2 CP siendo estos los delitos de abuso y agresión sexuales a menores de trece años, y en primer lugar procede determinar la diferencia existente entre ambos.

Como se verá con posterioridad, estos delitos de abuso y agresión sexuales tienen en común la conducta típica con la que se definen, pues ambos delitos consisten según el art. 183 en la *realización de actos de naturaleza sexual que atentan contra la indemnidad sexual del menor de trece años*. Ahora bien, ambos delitos encuentran su diferencia en los medios comisivos con los que son realizados esos actos de naturaleza

LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 74 y 80.

²⁸ Véase MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; y GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 709, quienes determinan que se podría castigar esta conducta como profanación de cadáveres del art. 526 CP; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 89, quien establece que en este supuesto lo que sí cabría reputar como delito son las conductas que se realicen obligando a alguien, a la fuerza, a prácticas necrófilas, tratándose en el caso de un delito de coacciones del artículo 172 CP “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”.

²⁹ Véase, en detalle, RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 58-60.

sexual. De este modo se establece como elemento diferenciador la violencia o intimidación, cuyo empleo es necesario para poder calificar el delito como agresión sexual, elementos que están ausentes en el abuso sexual³⁰.

En el delito de abuso la conducta de naturaleza sexual se realiza sin que concurra violencia o intimidación. Ahora bien, para poder hablar de abuso es requisito necesario la *falta de consentimiento* por parte de la víctima. Pues bien, en el supuesto que se está tratando, cuando la víctima es menor de trece años, se tipifica como abuso la conducta sexual ya sea realizada con o sin consentimiento del menor, pues jurídicamente se presume *iuris et de iure* que el consentimiento no es válido³¹. Esto se debe a que ya con la reforma aprobada por la LO 11/1999 se estableció en la edad de trece años la edad del consentimiento sexual, considerando que los menores que no han alcanzado esta edad carecen de la capacidad y madurez suficiente para conocer el significado de la sexualidad³². Como ya se señaló, por debajo de esta edad el consentimiento para las relaciones sexuales se considera que no es válido, por ello se presupone que existe abuso por parte del sujeto mayor³³ que mantiene relaciones sexuales con el menor

³⁰ Este elemento diferenciador se encuentra establecido por el legislador en el art. 183 CP. La doctrina también hace referencia a este elemento, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 183; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 130; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 193.

³¹ Para más detalle sobre ésta cuestión, véase en profundidad, RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 25-41. Igualmente hacen referencia a esta cuestión, entre otros: TAMARIT SUMALLA, *Protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, 2ª, 2002, 66; CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 352; VELÁZQUEZ BARÓN, *Abusos sexuales*, 2ª, 2004, 16 y 17; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 102; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 203 y 204; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 197; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 728; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 118 y 119; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 130; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2011, 256; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 694; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 192.

³² Es preciso matizar que la edad de trece años a la que se refiere el legislador es la física o cronológica, sin que ostente relevancia la mayor o menor madurez psicológica de la víctima a estos efectos. Así lo señalan, entre otros, CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 102; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 353; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 197; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Penal*, 2011, 821; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 118; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 192.

³³ No tiene que ser necesariamente mayor de edad, es decir, no es necesario que haya cumplido los dieciocho años. Lo importante es que el sujeto activo sea mayor de catorce años, pues a partir de esta

de trece años. Este límite, en sentido contrario, supone que el sujeto mayor de trece años sí puede consentir las relaciones sexuales sin que se presuponga que hay abuso.

En el delito de agresión se presenta como requisito necesario que los actos de naturaleza sexual que puedan ser atentatorios contra la indemnidad sexual de la persona menor de trece años sean cometidos ejerciendo violencia o intimidación sobre la persona que es víctima del delito, y es esta dinámica violenta o intimidatoria la que hace innecesario presumir la falta de consentimiento del menor en el delito de agresión pues probada la violencia o la intimidación queda probada la falta de consentimiento³⁴. En el empleo de la violencia e intimidación, se presenta como necesaria la existencia de una relación de medio a fin o relación causal, esto significa que ambos medios comisivos deber ser empleados efectivamente con el objetivo de realizar la agresión sexual, por ello en el caso de que la violencia e intimidación fueran utilizadas posteriormente no se podría hablar de un delito de agresión en el ámbito sexual³⁵.

Para poder hablar de *violencia* en el ámbito sexual deben concurrir una serie de requisitos³⁶, que podrían resumirse en los siguientes:

- Primero, la violencia que se requiere en las agresiones sexuales debe poseer carácter físico, lo que supone que solo se integra la fuerza física.

edad ya existe responsabilidad penal según establece la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.

³⁴ GARCÍA ARÁN, en: CDJ 1998-XII, 75.

³⁵ Establecen la necesidad de una relación causal entre los medios comisivos de violencia e intimidación y la agresión sexual, entre otros, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 327; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 318; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 183; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 710; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 702; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 182; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 214.

³⁶ Para más detalle sobre la violencia en la agresión sexual, véase, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 328-333; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 96; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 184; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 318; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 221; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 235; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 184; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 710; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 178 y 179; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 182; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 213 y 214; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 75.

- Segundo, se precisa que sea idónea para realizar la agresión. Lo que quiere decir que se precisa que sea suficiente y adecuada para doblegar la voluntad de la víctima.
- Tercero, en unión a lo anterior, respecto a la intensidad que debe revestir la violencia no es necesario que esta sea irresistible, de forma que el sujeto pasivo no pueda ejercer cualquier oposición. Basta con que esté constatada una resistencia por parte de la víctima, decidida y exteriorizada de forma inequívoca, que la víctima esté coartada³⁷.

Junto a la violencia el legislador emplea el término intimidación, aunque los establece alternativamente, es decir los emplea como medios alternativos de comisión “violencia o intimidación”.

Para poder hablar de *intimidación* en el ámbito sexual, como ocurría en la determinación de la violencia, deben concurrir una serie de requisitos³⁸:

- Primero, a diferencia de la violencia, la intimidación reviste un carácter psíquico y requiere el empleo de una amenaza de causar un mal injusto que le infunda al sujeto pasivo miedo en su ánimo de sufrir un mal mayor al que se enfrenta.
- Segundo, es requisito que dicha amenaza sea de entidad suficiente para vencer la voluntad de la víctima. Por lo tanto, no tendrá la consideración de intimidación cualquier coerción psicológica, solo revestirán relevancia penal las amenazas que posean una cierta gravedad y además guarden relación con la agresión sexual.

³⁷ Se ha apreciado la existencia de violencia, por ejemplo, en la SAP Murcia núm. 156/2012, de 13 de junio (ARP 887) en los tocamientos genitales a menor de 7 años, obligándole a tocarle el pene, tras cogerla de los brazos y darle dos bofetadas; y en la SAP Madrid núm. 103/2013, de 19 de Julio (JUR 2014/32684) donde se dice que el autor de la agresión sienta a una niña de 8 años sobre los genitales desnudos, tras obligarla a desnudarse de cintura para abajo abofeteándola ante la negativa inicial de la menor.

³⁸ Para más detalle sobre la intimidación en la agresión sexual, véase, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios CP I*, 2004, 328-333; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 96; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 185; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 318; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 221; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 239; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 184; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 710; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 179; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 183; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 214; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 76.

- Tercero, la amenaza debe ser seria, creíble e inmediata, así como grave y determinante. Del mismo modo debe ser previa, en el sentido de que debe ser anterior, o puede concurrir con el acto sexual, pero no puede ser posterior al mismo, pues en este último caso no revestirá de carácter de delito de agresión sexual³⁹.

Es importante destacar que a la hora de apreciar la violencia o intimidación hay que tener en cuenta las circunstancias en las que es realizado el hecho, circunstancias referidas tanto a los propios sujetos envueltos en el delito como al entorno en el que se desarrolla el mismo⁴⁰. Cuando la víctima es una persona menor de trece años, parece evidente que el nivel de violencia o intimidación es muy inferior al empleado cuando la víctima es mayor, en el sentido de que no resulta necesario utilizar amenazas con cierta gravedad, ni instrumentos intimidatorios para provocar un condicionamiento en la voluntad del menor⁴¹.

5. La conducta típica en los delitos de abusos y agresiones sexuales

a) Tipo básico: art. 183. 1 y 2 CP

El delito de abuso sexual a menores de trece años está tipificado en el art. 183.1 CP, el cual castiga como responsable de abuso sexual “*Al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*”, bajo pena de prisión con un margen de tiempo que va desde los dos años hasta los seis años. Y la agresión sexual a menores de trece años está tipificada en el art. 183.2 CP, el cual castiga al responsable de la agresión “*Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación*”, bajo pena de prisión con un margen de tiempo que va desde los cinco años hasta los diez años.

³⁹ Se ha apreciado la existencia de intimidación, por ejemplo, en la SAP Madrid núm. 231/2014, de 16 de abril (ARP 780) donde el autor amenaza a la víctima con matarla a ella y a su hermano como había hecho antes con otros niños.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 179.

⁴¹ GARCÍA ARÁN, en: CDJ 1998-XII, 76 y 77.

Cómo se venía adelantando, en este tipo de abusos y agresiones se establece la conducta típica en la realización de *actos que atentan contra la indemnidad sexual*⁴² del menor de trece años⁴³. Y analizando la conducta típica en este tipo delictivo hay que determinar si el atentado contra la indemnidad sexual precisa de algún tipo de *contacto corporal* entre los sujetos activo y pasivo del delito. Respecto a esta cuestión en la doctrina se encuentran dos grandes interpretaciones:

La primera de las interpretaciones señala que en este tipo de delitos sexuales es preciso un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo y, en consecuencia, quedarían descartados de este ámbito supuestos como el de inducir u obligar a una persona a realizar contactos sexuales sobre sí mismo o con un tercero. Estas últimas conductas serán susceptibles de constituir otro tipo de delitos (coacciones, amenazas, o incluso delitos contra la integridad moral)⁴⁴.

En contraposición, la segunda interpretación señala que dicho contacto corporal no constituye un elemento esencial del tipo. Es decir, no es preciso que exista estrictamente el contacto entre los sujetos activo y pasivo, con la matización de que si debe mediar algún tipo de contacto corporal sobre el cuerpo de la víctima⁴⁵.

Esta última interpretación parece ser más acertada, y seguida por una doctrina mayoritaria, lo que viene a determinar es lo siguiente: si bien la conducta típica en este

⁴² RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 121, establece: “se entiende por actos que atentan contra la indemnidad del menor, un comportamiento que concurre en todos aquellos casos en los que se obliga a otro a realizar o a tolerar algún acto de naturaleza sexual contra su voluntad”.

⁴³ Se han apreciado como “actos que atentan contra la indemnidad sexual del menor” tocamientos y frotamientos en el cuerpo del menor, así como besos en las mejillas, cuello y boca, en numerosas sentencias, véase, entre otras: STS núm. 967/2013, de 19 de diciembre (RJ 2014/315); SAP Guipúzcoa núm. 75/2013, de 19 de marzo (JUR 2014/160663); SAP Málaga núm. 33/2013, de 28 de mayo (JUR 228643); SAP Cádiz núm. 249/2013, de 10 de septiembre (JUR 2014/31126); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 514/2013, de 31 de octubre (ARP 1535); SAP Zaragoza núm. 309/2013, de 15 de noviembre (JUR 2014/17620); SAP Málaga núm. 206/2014, de 30 de abril (JUR 207448); SAP Madrid núm. 512/2014, de 26 de mayo (ARP 1048); SAP Madrid núm. 407/2014, de 28 de mayo (ARP 915); SAP Castellón núm. 361/2014, de 9 de diciembre (JUR 255107).

⁴⁴ Para más detalle, véase: MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 212.

⁴⁵ En este sentido CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 95, quien afirma: “se excluyen las conductas pasivas del sujeto, mediante las que éste obtenga cualquier satisfacción sexual no atentatoria de la libertad de otro, tales como la contemplación de comportamientos espontáneos protagonizados por terceras personas (desnudo en lugares públicos o incluso zonas privadas, éste último afectaría al derecho a la intimidad)”.

tipo de delitos sexuales normalmente va a consistir en un contacto físico o corporal entre el autor y la víctima, que se va a ver obligada a realizar un acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad, no se van a excluir las actuaciones en las que no media un contacto corporal directo entre los sujetos pero sí existe alguna incidencia sobre el cuerpo de la víctima, como es el caso en que los actos de naturaleza sexual los realiza la víctima sobre su propio cuerpo en contra de su voluntad (autor obliga a la víctima)⁴⁶.

En último lugar, hay quién extiende esta interpretación a los supuestos en que no se presenta ningún tipo de contacto corporal (ni entre los sujetos ni otro tipo de contacto sobre el cuerpo de la víctima), extendiendo la conducta típica del delito a los supuestos que no entrañen tocamientos como pueden ser los casos en que se obliga a la víctima a desnudarse, a adoptar actitudes procaces, o se le persuade para que ejecute actos de exhibición obscena⁴⁷.

b) Tipo cualificado: art. 183.3 CP

Tanto el delito de abuso como el delito de agresión sexual encuentran una agravación de la pena en el supuesto de que la conducta típica consista en un “*acceso carnal*” en la víctima. Esta agravación se encuentra regulada en el art 183. 3 CP, el cual incrementa la pena en los casos en que se produzca *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o se produzca introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, excluyendo en este caso la bucal*. La pena se eleva estableciéndose para el delito de abuso una pena de prisión con un margen de tiempo que va desde los ocho hasta los doce años, y para el delito de agresión desde los doce hasta los quince años.

⁴⁶ De esta opinión véase, entre otros: TAMARIT SUMALLA, *Protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, 2ª, 2002, 65; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 95; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 220; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 183; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 97-98 y 117; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 680; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 179; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 73. En este sentido, véase también la SAP Pontevedra núm. 20/2014, de 10 de junio (JUR 214758) donde se aprecia un delito de abuso sexual sobre menores de 13 al sujeto que se masturba delante de las menores, en ocasiones haciéndolo ellas y en otras restregando el pene contra sus genitales.

⁴⁷ Véase, MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 117; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 73.

Hay que aclarar a qué se refiere exactamente el legislador al establecer la agravación cuando concurra “acceso carnal”, y es que por este término no hay que entender únicamente el coito vaginal de las relaciones heterosexuales. Pues con la reforma que supuso la LO 11/1999 se introdujeron cambios en esta modalidad de acceso carnal, extendiéndose la realización del tipo cuando el acceso carnal se produce por vías anal o bucal⁴⁸. Así mismo esta reforma supuso la tipificación de la introducción de “objetos”, eso sí, únicamente para las vías vaginal y anal, excluyéndose en este último caso la bucal⁴⁹.

De esta nueva tipificación surgieron problemas a la hora de considerar como acceso carnal la introducción de determinados miembros corporales, tales como los dedos o la lengua, que se entendían excluidos de la aplicación de esta agravante de introducción de “objetos”⁵⁰, y es este el motivo por el cual con la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre se extendió la realización del tipo a la introducción de “miembros corporales”⁵¹. Y al igual que ocurría con la introducción de objetos, se estableció como típica únicamente cuando se realiza por vía vaginal o anal. En este sentido, la introducción tanto de objetos como de miembros corporales por vía bucal deberá calificarse, en su caso, como una agresión o abuso básicos⁵².

A efectos de esta agravación, bajo el término “objetos” se van considerar incluidos los objetos que sean aptos para el ejercicio de la sexualidad⁵³. Ahora bien, no

⁴⁸ Véase, por ejemplo, la STS núm. 553/2014, de 30 de junio (RJ 3524); la SAP Las Palmas núm. 101/2010, de 9 de diciembre (ARP 2011/1098) en las que se hace referencia a la existencia de acceso carnal por vía anal.

⁴⁹ Se ha apreciado acceso carnal de objetos, por ejemplo, en la SAP Madrid núm. 231/2014, de 16 de abril (ARP 780) donde se dice que existe introducción en la vagina de cinco fragmentos de plástico duro que fueron extraídos en el hospital.

⁵⁰ Véase la STS núm. 485/2014, de 16 de junio (RJ 3437) donde no se aprecia “acceso carnal” por introducirse un miembro distinto del pene en la cavidad anal de la víctima: los hechos sucedieron antes de la reforma aprobada por la LO 15/2003.

⁵¹ Para más detalle, entre otros, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 338; VICENTE MARTÍNEZ, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASA/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios CP*, 2007, 432; GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) *PE I*, 2ª, 2011, 597-598.

⁵² GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 598.

⁵³ CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 97, establece: “excluyéndose los que constituyan instrumentos de agresión o tortura física, cuanto que, en definitiva, se trata de atentar contra la libertad sexual” (en este caso, contra la indemnidad sexual).

es necesario que el objeto en sí posea una connotación erótica como ocurre en los objetos que son diseñados propiamente para un uso sexual, sino que se equiparan a estos otro tipo de objetos que, aunque estén diseñados para otro tipo de utilidades, se les puede llegar a atribuir una significación sexual⁵⁴. Así mismo, bajo el término “miembros corporales” van a entenderse incluidas cualquiera de las partes del cuerpo humano que no forman parte del sistema genital, es decir, otros elementos corporales⁵⁵. Normalmente se consideran los dedos, y también suele citarse la lengua que es más bien un órgano⁵⁶.

c) Comentario general respecto de las penas previstas en ambos tipos

CONDUCTA	Pena de prisión <i>anterior</i> de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio	Pena de prisión <i>posterior</i> a la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio (actual)
Abuso básico	1 a 3 años	2 a 6 años
Abuso con acceso carnal	4 a 10 años	8 a 12 años
Agresión básica	4 a 10 años	5 a 10 años
Agresión con acceso carnal	12 a 15 años	12 a 15 años

Como se puede observar en el anterior cuadro comparativo, a consecuencia de la reforma del 2010, en general se han elevado las penas previstas para los abusos sexuales. En cambio, se ha mantenido la pena de la “violación de niños” (agresión sexual con acceso carnal), que sigue siendo de doce a quince años de prisión⁵⁷.

Aunque se trata de conductas que deben ser sancionadas con penas graves, esta elevación de las penas es cuestionada en cuanto parece que existe una distorsión valorativa en comparación con otros tipos delictivos. Ejemplo claro es que puede llegar

⁵⁴ En este sentido, véase: CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CPI*, 2004, 337; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 199.

⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 199. Véase también la SAP Madrid núm. 333/2013 de 11 de julio (ARP 1512); la SAP Palencia núm. 1/2014, de 20 de enero (ARP 374); y la SAP Cuenca núm. 9/2014 de 22 de abril (ARP 571) donde se hace referencia a la introducción de dedos en la vagina.

⁵⁶ LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 180.

⁵⁷ Así lo destaca RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo CP*, 2012, 287.

a ser superior el castigo por agresión sexual con acceso carnal (12 a 15 años) que el castigo impuesto por un delito de homicidio (10 a 15 años)⁵⁸.

6. *Agravaciones aplicables a los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidas sobre menores de trece años: art. 183.4 y 5 CP*

En el art. 183.4 CP se prevén varias *circunstancias de agravación* de la pena aplicables a los tipos básicos y agravados de abusos y agresiones sexuales (arts. 183.1 a 3 CP). La agravación de la pena se establece a través de una regla de determinación de la pena: la del delito de abuso o agresión sexual cometido en su mitad superior.

Las penas en este tipo de delitos, cuando concurra alguna de estas circunstancias, quedarán del siguiente modo:

CONDUCTA	Penas de prisión en su mitad superior
Abuso básico	4 a 6 años
Abuso con acceso carnal	10 a 12 años
Agresión básica	7 años y 6 meses a 10 años
Agresión con acceso carnal	13 años y 6 meses a 15 años

Así mismo, las *circunstancias cualificadoras* previstas en el art 183.4 CP son las siguientes:

a) *Escaso desarrollo intelectual o físico que coloca a la víctima en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años*

Se trata de una circunstancia accesorias en la que la víctima se sitúa en una situación personal de mayor vulnerabilidad⁵⁹.

La minoría de trece años ya opera como elemento típico en este tipo de delitos, por lo que esta circunstancia no va a poder ser aplicada de manera automática a todos

⁵⁸ En este sentido, véase, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 730.

⁵⁹ Así lo determina TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PEI*, 2011, 195.

los menores. La excepción se encuentra en los sujetos menores de cuatro años⁶⁰ para los que siempre se aplicará automáticamente, elevándose la pena de prisión correspondiente al delito en su mitad superior, pues se presume *iuris et de iure* esa especial lesividad de la conducta cuando la víctima se encuentra por debajo del límite de edad de cuatro años⁶¹. De esta manera en el resto de menores de trece y mayores de cuatro años, será necesario que se haya causado en el menor una total indefensión, derivada bien de un escaso desarrollo intelectual bien del escaso desarrollo físico del menor⁶².

El hecho de que estas condiciones hayan provocado la indefensión de la que el sujeto activo se beneficia es algo que deberá ser demostrado⁶³. Así, si la indefensión en el menor viene dada por un hecho diferente, o este produce únicamente una especial vulnerabilidad en su persona y no la total indefensión, se estaría hablando de un tipo básico y no tendría cabida esta circunstancia cualificadora⁶⁴.

b) Actuación conjunta de dos o más personas

⁶⁰ BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 354, establece que debe ser interpretada también en términos biológicos.

⁶¹ Véase, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 728; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 195; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 702.

⁶² Véase, entre otros, ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 267 y 268; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 702. Véase también la STS núm. 1474/2013, de 18 de Julio (JUR 271780) “abuso sexual agravado por el trastorno mental de la víctima”, y la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 514/2013, de 31 de octubre (ARP 1535) “tocamientos a la hija de siete años con retraso mental que la equipara a una niña de tres años”.

⁶³ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 187, establece: “La aplicación de la circunstancia requiere no sólo probar la especial vulnerabilidad que, por otro lado, es inherente al tipo básico, sino además, contrastar la total indefensión”; En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 728, establece: “es preciso razonar expresamente en la sentencia la completa situación de indefensión”. Y en este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2011, 257, cuestiona el concepto de “total indefensión” por la excesiva complejidad en su demostración, pues esta implica que el sujeto no pueda defenderse por sí mismo, o por otras personas (allegados o terceros), por lo que considera absurda la exigencia de totalidad de la indefensión.

⁶⁴ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 186, establece: “ni la enfermedad, ni la discapacidad tienen relevancia alguna, a efectos de admitir la cualificación, salvo que pueda conectarse de algún modo con el *escaso desarrollo intelectual o físico* del menor”. De la misma opinión, GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios CP*, 2011, 438 y 439.

Esta circunstancia no se regula únicamente para el supuesto en el que el sujeto pasivo es menor de trece años, sino que también se prevé en el art.180 CP para el tipo general de la agresión sexual cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años.

Esta cualificación se justifica en el mayor componente de intimidación, pues la víctima se sitúa en una situación de inferioridad o mayor indefensión⁶⁵.

Para que pueda ser apreciada esta circunstancia cualificadora es necesario hablar de *coautoría*⁶⁶, es decir, que es necesaria la concurrencia de un *acuerdo de voluntades* entre los autores para llevar a cabo la acción delictiva. Mediante dicho acuerdo cada uno de los sujetos realiza algún elemento del tipo, sin la exigencia de que todos participen directamente en el acto de contenido sexual, simplemente basta con su colaboración, siendo suficiente que uno de ellos realice el acto de carácter sexual⁶⁷.

Dicho esto, para poder aplicar esta circunstancia en la modalidad agravada de agresión sexual no es necesario que todos los sujetos lleguen a realizar el acceso carnal o la introducción de objetos, basta con que uno de ellos ejerza sobre la víctima violencia o intimidación, mientras el otro realiza el acto de carácter sexual. Pues atendiendo a la teoría de la coautoría, la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del acceso carnal, el mero hecho de ejercer sobre la víctima violencia o intimidación es parte de la acción típica de la agresión sexual⁶⁸.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 220. De la misma opinión, entre otros: CALDERÓN CERREZO, en: CALDERÓN CERREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 101; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 189; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 718; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 191 y 192; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 186.

⁶⁶ Véase, BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 328; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 250; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 185.

⁶⁷ La doctrina viene estableciendo como no necesaria la realización de los actos sexuales (actos materiales) por parte de todos los autores del delito, véase, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 190; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 235; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 189; GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dir.), *Comentarios CP*, 2011, 433; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 187; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 81.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 220.

Sin embargo, hay quién aplica las reglas generales de la participación considerando que el sujeto que ejerce la violencia o intimidación se constituye como cooperador necesario y, únicamente va a aplicar la agravante (elevación de la pena en su mitad superior) al autor material de los hechos de contenido sexual que se vale o aprovecha de la acción que realiza el cooperador, respondiendo este último por el tipo básico como cooperador necesario⁶⁹, pues en la medida en que sus actos facilitan que el autor cometa el delito, ya se le considera colaborador, y si respondiera por el tipo agravado se estaría valorando doblemente la misma situación y se vulneraría el principio *non bis in idem*⁷⁰.

c) Violencia o intimidación ejercidas con un carácter particularmente degradante o vejatorio

Al igual que la circunstancia anterior, esta circunstancia no se regula únicamente para el supuesto en el que el sujeto pasivo es menor de trece años, sino que encuentra su equivalente en el art.180 CP para el tipo general de agresión sexual cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años.

Se trata de una circunstancia cualificadora que, por su propia naturaleza, únicamente es aplicable a la modalidad comisiva del delito de agresión sexual, pues se basa en la carga añadida de degradación que reviste la violencia o la intimidación para la víctima, una carga diferente a la propia de los medios comisivos de las agresiones sexuales que normalmente la implican⁷¹. Esto quiere decir que lo que debe revestir esta condición de particularmente degradante o vejatorio son los medios empleados para perpetrar la agresión sexual, es decir, la violencia o la intimidación (*el modus operandi*) y no en sí el acto de naturaleza sexual, pues obviamente el propio atentado sexual

⁶⁹ CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE II*, 2005, 101, establece: “Los intervinientes serán considerados por su participación como cooperadores necesarios de la agresión sexual protagonizada por un tercero, respondiendo como autores en el sentido estricto en el caso de que a su vez lleguen a realizar alguno de los actos atentatorios contra la libertad sexual”, en este caso la indemnidad sexual.

⁷⁰ Véase: GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al CP*, 2ª, 2011, 718.

⁷¹ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios CP*, 2011, 432, establece: “la situación tiene que ser superior al menosprecio insito en el delito”. Un ejemplo de aplicación jurisprudencial es la SAP Madrid núm. 231/2014 de 16 de Abril (ARP 780) donde se dice que la menor fue vejada y despreciada al ser trasladada desnuda, después de conseguir su propósito carnal, arrojándola al pozo en el que ya se encontraba su hermano, siendo allí abandonados.

impuesto con violencia o intimidación comporta siempre una vejación y degradación para cualquier individuo⁷².

Por todo ello se puede decir que esta cualificación encuentra su fundamento no tanto en la ejecución del atentado sexual, sino en el carácter más denigrante de la violencia o la intimidación empleadas⁷³ con una finalidad de provocar humillaciones en la víctima que son innecesarias para consumir el acto sexual⁷⁴.

Es importante señalar que, de apreciarse esta agravante, no sería posible apreciar la concurrencia de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP. En este supuesto se va a aplicar solo el art 183.4 c) CP, y este va a absorber el delito contra la integridad moral. La aplicación conjunta de ambos delitos supondría la vulneración del principio *non bis in idem*, debido a que el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual⁷⁵.

⁷² Para más detalle: MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 193-196. En el mismo sentido, entre otros: CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 342; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 100; VICENTE FERNÁNDEZ, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/CARGÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios CP*, 2007, 434; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 192; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 327; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 235; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 248; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 188; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 717; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 185; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 687 y 688; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 186. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 81.

⁷³ La SAP Las Palmas núm. 101/2010, de 9 de diciembre (ARP 2011/1098) aprecia este carácter particularmente degradante o vejatorio, en un delito de agresión sexual a una menor de trece años, por la existencia de multiplicidad de lesiones en la víctima y por la dualidad del ataque sexual por vía vaginal y por vía anal; y la SAP Soria núm. 14/2013 de 19 de febrero (ARP 207) lo aprecia en el supuesto en que un padre ata a su hija pegándole en repetidas ocasiones, le aprieta fuertemente los pechos y la penetra vaginal, anal y bucalmente.

⁷⁴ RAGUÉS I VALLÉS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 124, señala que se está afectando no sólo al bien jurídico protegido, en este caso la indemnidad sexual del sujeto, sino también a su dignidad como persona. En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 717.

⁷⁵ Véase, entre otros, MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 197; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 221.

d) *Prevalimiento de la relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

Al igual que las dos circunstancias anteriores, esta circunstancia no se regula únicamente para el supuesto en el que el sujeto pasivo es menor de trece años, sino que del mismo modo, encuentra su equivalente en el art.180 CP para los tipos generales de abuso y agresión sexual cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años. Lógicamente, la circunstancia se ha matizado en el art 183.4 d), desapareciendo la referencia a la posibilidad de que el autor del delito sea descendiente de la víctima menor de trece años⁷⁶.

Se trata de una circunstancia cualificadora en la que la agravación viene dada por concurrir una relación de parentesco o de superioridad; estas relaciones por sí solas no presuponen la aplicación de esta circunstancia agravante, el sujeto debe aprovecharse de ellas para perpetrar el delito⁷⁷.

Así mismo, esta agravante tiene diferente relevancia según se trate de un delito de abuso o agresión sexuales:

Sería difícil aplicar esta circunstancia agravante en un delito de agresión sexual cuando en su ejecución el agresor ha empleado intimidación sobre la víctima. En estos delitos el atentado a la indemnidad sexual se produce bien con violencia bien con intimidación, que son elementos necesarios de la infracción, quedando la relación de superioridad o parentesco relegada a un segundo plano. Si son estas relaciones las que han servido para establecer la intimidación en el delito de agresión sexual no podría apreciarse esta circunstancia cualificadora porque si se responde por el tipo agravado se

⁷⁶ GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 622; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 198.

⁷⁷ Así lo establece la doctrina, entre otros: CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 346; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 5ª, 2008, 190 y 191; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 251; GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios CP*, 2011, 434; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 186; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 690. Igualmente, véase: SAP Guadalajara núm. 59/2014, de 20 de Junio (JUR 193469) donde se condena a un padre por los tocamientos a su hija, pero no se le aplica la circunstancia de prevalimiento por no constar aprovechamiento alguno de su condición de padre.

estaría valorando doblemente la misma situación y se vulneraría el principio *non bis in idem*⁷⁸.

Sí sería posible hablar de un prevalimiento de superioridad⁷⁹ o parentesco⁸⁰ en el delito de abuso sexual, dado que su comisión no está condicionada por la concurrencia de violencia o intimidación sobre la víctima. Pero se discute si la consideración de la condición de parentesco se diferencia de la condición de superioridad, o por el contrario se produce un solapamiento entre ambas. Hay doctrina que ha defendido esta última postura basándose en la tesis de que la condición de parentesco no aporta nada diferente al concepto de superioridad, pues el hecho de que el autor, por ser pariente, se encuentre respecto a la víctima en una posición de mayor ventaja ya supone en sí misma una relación de superioridad y no tiene sentido exigir además un prevalimiento por esta última relación⁸¹.

Ahora bien, el legislador ha optado por diferenciar ambas relaciones (parentesco y superioridad), y esta diferencia puede deberse a que la razón de imponer una pena

⁷⁸ GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 720, establece: “en el caso de la agresiones sexuales, la situación de superioridad no debe ser la derivada de la violencia o intimidación previamente desplegadas, porque ello no sería conciliable con la prohibición de bis in idem”. En el mismo sentido; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 690, establece respecto a estas relaciones: “el prevalimiento ha de constituir una circunstancia diferenciable de la violencia o intimidación utilizada para cometer la agresión sexual”. Así mismo, se ha apreciado el prevalimiento de parentesco en el delito de agresión sexual en la SAP Valencia núm. 113/2014, de 3 de Abril (ARP 556) a un padre que en múltiples ocasiones realiza tocamientos, frotamientos con el pene y obliga a la hija a hacerle felaciones, a base de amenazas de muerte (el prevalimiento de parentesco constituye una circunstancia diferenciable de la intimidación utilizada).

⁷⁹ Se ha apreciado el prevalimiento de una relación de superioridad, por ejemplo, en la SAP A Coruña núm. 1/2011, de 16 de enero (JUR 2012/32350) al cuñado de la víctima menor de trece años; en la SAP Guipúzcoa núm. 443/2012, de 9 de noviembre (JUR 2014/158242) al tío político de la víctima; y en la SAP Asturias núm. 229/2013, de 17 de Mayo (JUR 213100) al monitor de actividad extraescolar deportiva.

⁸⁰ Se aprecia el prevalimiento de la relación de parentesco en la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 514/2013, de 31 de Octubre (ARP 1535) al progenitor al cuidado de su hija, mientras la madre se marcha a realizar compras; y en la SAP Barcelona núm. 205/2014, de 14 de Febrero (JUR 135616) al primo de la madre que convive con ella y sus hijas, a las que deja en su cuidado mientras trabaja.

⁸¹ LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 188, establece: “la circunstancia de parentesco sólo adquiere sentido si el sujeto se prevalece de su situación de superioridad, originada por el parentesco o por cualquier otra situación”. En el mismo sentido; GARCÍA RIVAS, en: VENTURA ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 609; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 83. Igualmente el TS véase: STS 18 de junio 2014 (RJ 3963) donde se aprecia prevalimiento de superioridad en el marido de la madre de la víctima, y se dice que esta superioridad es otorgada por la posición de padre que ocupa en el núcleo familiar.

mayor en parientes no obedece al motivo de querer castigar el aprovechamiento de superioridad, sino a motivos diferentes tales como la lucha contra relaciones incestuosas, contra los abusos por parte de parientes de sangre, contra abusos de quien ejerce cargos de tutela y protección del menor⁸², etc.

La incorporación de esta agravación de la pena en virtud de la relación de parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines⁸³ con la víctima, ha sido cuestionada, principalmente por la existencia de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP a la que parece desplazar. Se ha criticado en el sentido de considerar que se trata de una agravación que simplemente responde a razones éticas o morales por castigarse la culpabilidad del sujeto activo y no la culpabilidad del hecho efectivamente cometido, determinando que el incremento de la pena, si se quería añadir un plus de reprochabilidad, podía haberse solucionado con la circunstancia del art. 23 CP⁸⁴.

El art. 23 CP establece la circunstancia mixta de parentesco del siguiente modo: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”*. Por lo que se encuentran diferencias, y es que la circunstancia específica de parentesco del art. 183.4 d) incluye a un número menor de personas que el art. 23, respecto al que tendrá aplicación preferente siempre que el autor

⁸² En este sentido, CALDERÓN CERESO, en: CALDERÓN CERESO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 101, establece: “con la agravación por razón de parentesco revive el desaparecido delito de estupro-incesto”, y “El fundamento de la agravación radica, en cualquier caso, en la mayor facilidad que la relación parental depara al objeto de la comisión del delito y para obtener la impunidad”.

⁸³ Se ha apreciado el prevalimiento basado en el parentesco por afinidad en los casos en los que el agresor actúa como padrastro, compañero de la madre y conviviente con ella y la víctima o simplemente como pareja sentimental de la madre. Véase entre otras: STS núm. 957/2013, de 17 de diciembre (RJ 8025); STS núm. 553/2014, de 30 de Junio (RJ 3524); SAP Zaragoza núm. 84/2013, de 6 de Marzo (JUR 115960); SAP Valencia núm. 575/2013, de 26 de Julio (ARP 1118); SAP Las Palmas núm. 60/2013, de 15 de Octubre (ARP 1334); SAP Barcelona núm. 976/2013, de 30 de Octubre (JUR 2014/256984); SAP Palencia núm. 1/2014, de 20 de Enero (ARP 374).

⁸⁴ Véase: VICENTE MARTÍNEZ, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/CARGÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios CP*, 2007, 435; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 189; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 201; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 719.

se haya prevalido de la relación, un requisito ausente en la circunstancia mixta, donde basta el parentesco mismo⁸⁵.

e) Peligro en la vida del menor

Se trata de una circunstancia cualificadora en la que la agravación de la pena viene dada por un peligro para la vida del menor, lo que supone que además de protegerse el bien jurídico del menor, es decir, la indemnidad sexual, se protege también la vida del mismo⁸⁶. Esto conlleva que se pueda hablar del tipo como un delito cualificado de peligro⁸⁷.

Se debe determinar si respecto a esta puesta en peligro nos encontramos siempre ante un delito doloso o también puede tratarse de un delito imprudente. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 12 CP, que establece que para castigar el delito imprudente este ha de estar previsto expresamente en la ley, las puestas en peligro imprudentes serán atípicas⁸⁸. Se opta por el tratamiento del delito como un delito doloso, en el que el autor debe tener conocimiento de que está actuando poniendo en peligro la vida del menor, con circunstancias idóneas para ello⁸⁹.

De esta circunstancia se deduce que quedan excluidos los casos en que con el ataque a la indemnidad sexual del menor se produce un peligro para la salud o la integridad física del menor, pero no se pone en riesgo la vida del mismo; en estos casos no puede aplicarse esta agravación de la pena. Sin embargo, el autor del delito no tiene que tener la intencionalidad de acabar con la vida del menor llegando incluso a causarle

⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 236.

⁸⁶ Esta circunstancia se ha apreciado, por ejemplo, en la SAP Madrid núm. 231/2014, de 16 de Abril (ARP 780) donde se dice que después de conseguir su propósito carnal arroja a las víctimas menores de trece a un pozo de 8 metros de profundidad, ubicado en un lugar muy apartado, lanzando sobre ellos tablas de madera que cayeron sobre la cabeza y todo el cuerpo de los menores, abandonándolos en ése lugar, en el que permanecieron dos días.

⁸⁷ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 202; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 196.

⁸⁸ ORTS BERENQUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENQUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 268 y 269; GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.) *PE I*, 2ª, 2011, 623.

⁸⁹ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 202.

la muerte, en este supuesto el delito se penaría en concurso con una tentativa de homicidio, o con un homicidio doloso consumado⁹⁰.

f) *Infracción cometida en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades*

Esta cualificación es fruto de la armonización del ordenamiento español con la normativa europea, en concreto con la DM 2004/68/JAI, la cual establece en su art. 5 como circunstancia agravante “*que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva*”⁹¹.

La DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, entiende como *organización delictiva* “*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

El CP también define los conceptos de organización y grupo criminal, a los que se extiende esta circunstancia cualificadora. En el art. 570 bis CP se encuentra el concepto de *organización criminal*: “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*”; y en el art. 570 ter CP el de *grupo criminal*: “*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por*

⁹⁰ En este sentido: GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 729; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 196.

⁹¹ Así lo destacan, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 729; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 203 y 204; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *PE I*, 2011, 196 y 197.

finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

Se presentan problemas de compatibilidad entre ambas definiciones de organización delictiva o criminal, la que expone la DM 2008/841/JAI y la que expone el CP, ésta última más restrictiva y la vinculante a efectos penales⁹².

De la redacción de esta circunstancia cualificadora se deduce la exigencia de que estas organizaciones o grupos criminales se deben dedicar a la realización de “tales actividades”, esto es, las que se dedican a abusar y agredir sexualmente a menores de trece años⁹³.

El hecho de que existan este tipo de organizaciones o grupos criminales dedicados a los fines de abusar y agredir sexualmente a menores es difícil, ya que normalmente existirán con fines tales como la prostitución de menores (arts. 187 y 188 CP), exhibicionismo o pornografía infantil (art. 189 CP), u otros fines como el tráfico de personas y trata de personas (arts. 318 bis y 177 bis respectivamente)⁹⁴. Es por ello que no tiene demasiada relevancia práctica esta cualificación en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, únicamente en el sentido de que para conseguir la realización de los fines de la organización pueda verse solapada la realización de abusos y/o agresiones dentro del marco de la organización, con la intención de sometimiento de las víctimas.

g) Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público

⁹² En la aplicación de esta cualificación, el concepto de organizaciones o grupos criminales se determina teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 570 bis y 570 ter CP. Así lo defienden, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 729; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *PE*, 2011, 258; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *PE I*, 2011, 196; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 193.

⁹³ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 730; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 703; y sobre esta circunstancia advierte LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 193, que “resulta difícilmente explicable si se refiere únicamente a los menores de trece y no a los menores de edad en general”.

⁹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 703.

Esta circunstancia cualificadora no aparece recogida dentro del art. 183.4 CP como letra g), sino que se trata de una circunstancia que se recoge en un precepto distinto, el art. 183.5 CP.

Al concurrir esta circunstancia la agravación de la pena se establece aplicando a la pena correspondiente, además, una pena de inhabilitación absoluta en el desempleo de las funciones públicas enumeradas por tiempo de seis a doce años. Se aplicará únicamente cuando el sujeto se haya prevalido de dichas funciones para realizar cualquiera de los supuestos previstos en el art. 183 CP. Por tanto, esta circunstancia se presenta como un subtipo hiperagravado que agrava la pena de cualquier delito de abuso o agresión sexual contra un menor de trece años en todas sus modalidades, incluidas las agravadas⁹⁵.

Para poder apreciar esta circunstancia se requiere que el sujeto activo del delito se haya prevalido del desempleo de funciones públicas para ejecutar el delito más fácilmente o con un riesgo menor, así como que sea esa determinada condición la que se ponga al servicio del propósito delictivo⁹⁶.

7. Tipo subjetivo

Analizando el tipo subjetivo en los delitos sexuales hay que decir que estos se configuran como *delitos dolosos*; el legislador los ha establecido de este modo, dejando completamente al margen la posibilidad de configurarlos como delitos imprudentes.

Hablar de *dolo* supone determinar que el sujeto activo actúa con pleno *conocimiento y voluntad* de realizar la conducta sexual propia del tipo⁹⁷. Es decir, en este caso, se requiere que el sujeto activo actúe con el pleno conocimiento y la plena

⁹⁵ GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 624.

⁹⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 703, establece que “no es de aplicación por el mero hecho de que el sujeto activo ostente esa condición, siendo presupuesto necesario para que dicha agravación entre en juego que el autor se prevalga de la misma”.

⁹⁷ Véase, entre otros, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 334; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexual a menores de trece años*, 2011, 126; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 183.

voluntad de que está realizando un atentado contra la indemnidad sexual del menor, mediante un abuso o agresión, comprendiendo el alcance y contenido sexual de su conducta.

En relación con el elemento subjetivo ha venido existiendo una *problemática* en torno a la exigencia o no de un elemento especial subjetivo de lo injusto, que se presenta adicional o trascendente al dolo, cuestión muy polémica en cuanto a delitos sexuales se refiere.

Parte de la doctrina⁹⁸ ha sostenido en este tipo de delitos la *exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto*, entendiendo este elemento como una cierta actitud psíquica por parte del agresor, identificando esta actitud psíquica como un *ánimo lúbrico o lascivo*⁹⁹.

Para entender esta teoría se deben distinguir los comportamientos inequívocamente sexuales de los comportamientos que ofrecen cierta duda¹⁰⁰. Es en el campo médico donde se encuentra una posible justificación a esta tesis, ejemplo de ello son los casos en que se determina como necesaria la implicación de los órganos sexuales en una actividad realizada a fin de practicar un reconocimiento o tratamiento médico (exploración ginecológica o urológica, o exploración realizada con una finalidad terapéutica). En casos como estos únicamente el elemento subjetivo de la finalidad

⁹⁸ De esta opinión, entre otros: DÍEZ RIPOLLÉS, en: DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios CP II*, 2004, 279; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir)/RAGUÉS I VALLÈS (coord), *PE*, 3ª, 2011, 130; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP Comentado I*, 3ª, 2012, 678.

⁹⁹ En alguna ocasión la jurisprudencia se ha referido a ese ánimo lúbrico o lascivo, véase, STS núm. 789/2013, de 21 de Octubre (RJ 7116) “palmaditas entre las bragas y nalgas con ánimo libidinoso”; STS núm. 881/2013, de 20 de Noviembre (RJ 7735) donde se dicta un fallo absolutorio por estimarse que no concurre el elemento subjetivo, al no acogerse como probado que la lesión ocasionada en el ano a la víctima no fuera atribuible a una conducta ejecutada con ánimo sexual o libidinoso; SAP Zaragoza núm. 84/2013, de 6 de Marzo (JUR 115960) “el abusador ofrecía pequeñas cantidades de dinero a las víctimas para vencer su resistencia a tocarle con ánimo libidinoso”; SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 7/2014, de 9 de Enero (ARP 172), “cogió la mano y la situó sobre su pene, a través del pantalón, con finalidad lasciva, con independencia de que alcanzara el estado de erección de su miembro viril, lo cual además se produjo.

¹⁰⁰ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 129, establece: “Los casos en que están presentes la violencia o la intimidación, y se trata de actos donde intervienen los órganos genitales (penetración por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías), su calificación como actos de carácter sexual no ofrece la menor duda, de modo que resulta superfluo preguntarse por la concurrencia o no del especial ánimo con que actúe el autor”.

(ánimo lascivo con el que actúa el sujeto) resultaría correcto y determinante para poder hablar de acto sexual susceptible de dar lugar a un delito sexual¹⁰¹.

En contraposición, un sector de la doctrina ha venido entendiendo que *no es necesaria la concurrencia de ningún elemento subjetivo de lo injusto*, únicamente es necesario por parte del sujeto activo el dolo de querer agredir o abusar sexualmente, siendo consciente del significado sexual de su acción y, en este caso, de la edad del sujeto pasivo, independientemente de cuál sea el ánimo o la finalidad específica que persigue el sujeto activo¹⁰².

Esta tesis desvirtúa a la anterior en campos donde esta encontraba su posible justificación. De este modo, por ejemplo, en casos de exploraciones ginecológicas no sería precisa la concurrencia del elemento subjetivo, puesto que este tipo de actuaciones son realizadas con el consentimiento del sujeto pasivo o de sus representantes legales, y por ello la conducta del médico no sería típica, además se realizan conforme a la *Lex Artis*¹⁰³. De esta manera, carecería de responsabilidad penal el médico o sanitario que, actuando correctamente al realizar un reconocimiento, conforme a las reglas y protocolos establecidos, llegara a excitarse sexualmente. Sin embargo, si este mismo procediese a realizar tocamientos ajenos a la exploración cometería un delito de abuso

¹⁰¹ CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 315, establece: “además del dolo, tradicionalmente se ha hecho referencia al ánimo lúbrico o libidinoso, que permitía distinguir los delitos sexuales, de por ejemplo, la exploración ginecológica. En mi opinión, tal ánimo lúbrico o libidinoso no forma parte del injusto penal a pesar de las inercias dogmáticas en este sentido”.

¹⁰² Consideran que, en materia de delitos sexuales, no es necesaria la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto ni de ningún otro, siendo suficiente para su realización con el dolo, entre otros, VELÁZQUEZ BARÓN, *Abusos sexuales*, 2004, 10; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, 2005, 95; BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 322; MANZANARES SAMANIEGO, *CP II*, 2010, 221; ORTS BERENQUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENQUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 241 y 263; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 179; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 712; MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y Agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 130 y 131; TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *PE I*, 2011, 180; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 183; MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 215.

¹⁰³ El TS entiende por «lex artis ad hoc» aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, véase, por ejemplo, la STS, de 11 de marzo de 1991 (RJ 2209); y la STS núm. 260/1993 de 23 de marzo (RJ 2545).

sexual, pues ha rebasado los límites de la *Lex Artis* y del consentimiento del sujeto pasivo o de sus representantes legales¹⁰⁴.

Concluyendo el tipo subjetivo, en las agresiones y abusos sexuales está constituido *únicamente* por el *dolo* abarcando el conocimiento y la voluntad de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento, empleando violencia o intimidación (agresiones) o sin el empleo de estos medios (abusos), siendo irrelevante el ánimo o la finalidad específica que persigue el autor. La edad de la víctima (menor de trece años) se convierte en un elemento típico esencial que debe ser abarcado por el dolo del autor, que debe actuar con conocimiento de dicha edad¹⁰⁵, por lo que es posible que se llegue a suscitar un supuesto de *error de tipo* cuando actúe creyendo que la víctima contaba con trece o más años de edad¹⁰⁶. Este error de tipo, desde la perspectiva de los tipos penales que se están analizando, tiene como efecto que excluye el dolo, lo que supone que la conducta ya no es penalmente relevante desde la perspectiva de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Habrá que analizar las relaciones entre este delito y los genéricos de abusos y agresiones sexuales (tipificados en los arts. 178 a 181) para valorar qué posible responsabilidad penal tiene el sujeto que ha realizado la conducta sexual con el menor de trece años ignorando esta última circunstancia.

VII. EL DELITO DE CIBERACOSO SEXUAL O “CHILD GROOMING”

1. Introducción

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación, en especial “internet”, han venido experimentando en la sociedad un gran desarrollo progresivo. Esto ha conllevado una utilización cada vez mayor de las mismas, ejemplo de ellos son

¹⁰⁴ Para más detalle: MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 131 y 132.

¹⁰⁵ Véase la SAP Las Palmas núm. 101/2010, de 9 de diciembre (ARP 2011/1098) donde se dice que el acusado conoce perfectamente que la víctima es menor de trece años; y la SAP Cuenca núm. 10/2014, de 19 de Abril (ARP 661) donde el autor reconoce saber la edad de la menor.

¹⁰⁶ Para más detalle véase, entre otros: CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios CP I*, 2004, 315; PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 179; GALLEGRO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios CP*, 2011, 438; GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 622.

los últimos datos publicados en fecha 2 de Octubre de 2014 por el INE, correspondientes al número de usuarios menores (concretamente entre 10 y 15 años) que utilizan estas nuevas tecnologías:

Total nacional	Niños usuarios de ordenador (últimos 3 meses)	Niños usuarios de internet (últimos 3 meses)	Niños que disponen de teléfono móvil
2.698.617	93,8	92,0	63,5

UNIDADES: Número de niños (10 a 15 años) y porcentajes horizontales.

En ocasiones los menores se han visto perjudicados por el mal uso dado a estas nuevas tecnologías, siendo utilizadas por otro sujeto con fines ilícitos, abusando de la confianza de la víctima involucrándole en contextos sexuales. Y en este sentido la reforma operada por la LO 5/2010 ha introducido un nuevo art. 183 bis en el CP, tipificando el delito de ciberacoso o “child grooming”, precepto que se cierce principalmente sobre los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías¹⁰⁷.

2. Conducta típica

a) Tipo básico

El art. 183 bis CP tipifica la conducta consistente en el *contacto* a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación con un menor de trece años¹⁰⁸. Media la exigencia de que dicho contacto se debe realizar *con el fin de concertar un encuentro de carácter sexual con el menor*¹⁰⁹. El encuentro de carácter sexual se especifica en el propio art. 183 bis, “*para cometer*

¹⁰⁷ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 228.

¹⁰⁸ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172, determina que el contacto exige una respuesta del menor (no llegaría a contactar con el solo envío de mensajes no correspondidos por el menor); hay que matizar que tal y como establece MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 136 y 137, el contacto debe concretarse en que el menor recibe una comunicación con identificación o sin ella por parte de remitente, pero que aquél la recibe y tenga conocimiento de ella, siendo innecesario para apreciar el tipo que el menor acepte o conteste a ella de forma afirmativa.

¹⁰⁹ Véase, como uno de los pocos casos, la SJM Ourense, de 13 de mayo de 2013 (ARP 1691) donde se aprecia la existencia de este delito al contactar con una menor de 12 años a través de la red social “Tuenti”, proponiéndole, mediante whatsaps, quedar con ella para tener relaciones sexuales y enviar fotos de ella en sujetador, mandándoselas él de un pene en erección.

cualquiera de los descritos en los arts. 178 a 183 y 189”, es decir, el precepto establece que el contacto mediante internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o comunicación con un menor de trece años sea con la intención de cometer algún acto constitutivo de abuso o agresión sexual o para utilizar al menor exponiéndole en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico¹¹⁰.

Así mismo, dicho precepto exige la concurrencia de una serie de *actos materiales encaminados al acercamiento* con el menor, permitiendo descartar la relevancia penal de proposiciones aparentemente poco serias¹¹¹, por lo que se entiende que si se produce un mero contacto con el menor, pero no se llevan a cabo estos actos materiales de acercamiento, la conducta no cumplirá los requisitos del tipo¹¹². Como actos materiales deben entenderse *actuaciones o conductas reales y materiales* que realiza el sujeto activo con la finalidad de aproximarse o acercarse a la víctima, son actuaciones añadidas al contacto con la proposición de encuentro, que trascienden el mero contacto virtual o telefónico, y que pueden materializarse en acudir el autor al lugar al que se ha citado con el menor, aunque la víctima no se presente o acudir el autor a los lugares que el menor frecuente¹¹³. Estas actuaciones se tipifican como actos preparatorios, situándose en una fase previa al inicio de los actos de ejecución de ulteriores delitos¹¹⁴.

¹¹⁰ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 231, señala que cabe destacar que la finalidad de utilizar al menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico se puede suponer con la modalidad de “captación” de menores para tales fines, resultando de aplicación preferente este último delito [art. 189.1.a) CP] al estar penado más severamente.

¹¹¹ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 3ª, 2010, 269; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 131; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo CP*, 2012, 289.

¹¹² BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 357; y del mismo modo GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios CP*, 2011, 439-440, establece que el tipo se consuma con concertar un encuentro siempre que se acompañe de “actos materiales encaminados al encuentro”.

¹¹³ En este sentido véase, entre otros, BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 357; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 137.

¹¹⁴ En este sentido véase, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172; CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2011, 821; RAMON RIBAS, *Minoría de edad*, 2013, 52.

En definitiva, la regulación de este precepto (183 bis) supone la tipificación expresa de actos preparatorios individuales de los delitos de agresión y abuso sexuales o de corrupción de menores, y que se definen como una toma de contacto con un menor de trece años, por un medio telemático o telefónico¹¹⁵, para “concertar un encuentro” que el autor de este delito propone con el fin de cometer una agresión, un abuso o la corrupción del menor¹¹⁶.

Se tendrá que probar que los actos materiales a los que se ha hecho referencia son actos preparatorios, y que efectivamente estos iban enfocados a la consecución de los fines sexuales, algo que, por otro lado, como ocurre en todos los delitos que comportan un elemento de finalidad específica o tendencia, en la práctica se plantean grandes problemas de prueba¹¹⁷. Y es en este sentido que el delito de “ciberacoso sexual o child grooming” resulta *criticado por la doctrina*, principalmente por considerar que se tipifican como delito unos actos preparatorios de otros delitos adelantando excesivamente la punibilidad fundamentada en meras sospechas¹¹⁸.

¹¹⁵ La SAP Lleida núm. 224/2013, de 2 de julio (JUR 338981) pone de relieve la necesidad de que el sujeto activo haya captado al menor a través de medios telemáticos que para poder aplicar el art. 183 bis. Esta sentencia en un supuesto en que la víctima, entre otros hechos, recibía una serie de mensajes por parte del acusado a través de la red social “facebook”, considera que el art. 183 bis no es de aplicación porque la víctima no ha sido captada por el acusado a través de medios tecnológicos de la comunicación, sino que los hechos enjuiciados derivan directamente y tienen su origen en la convivencia de la menor con el acusado.

¹¹⁶ GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2ª, 2011, 624 y 625.

¹¹⁷ Para más detalle, véase en profundidad, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática*, 2012, 144.

¹¹⁸ Ejemplos de ello, entre otros: MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 232 y 234, para quien la tipificación no resulta afortunada, castigándose unos meros actos preparatorios, que constituyen la normal antesala del abuso sexual, con un excesivo adelantamiento de las barreras de punición, elevándose a la categoría de delito la mera “toma de contacto” en internet por parte de adultos sobre niños, resultando la redacción, además, peligrosa, al hacer depender la tipicidad de la intención con que opere el sujeto, extremo de difícil o imposible prueba, surgiendo innumerables problemas en la práctica, contrarios al principio de seguridad jurídica; Para TERRADILLOS BASOCO/GONZÁLEZ AGUDELO, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.). *PE I*, 2011, 197, en esta conducta se castigan actos preparatorios de otros delitos que de otra forma no podrían ser sancionados, pues no entrarían dentro del ámbito de la tentativa de ninguno de ellos, por tanto, en principio, se trataría de un delito construido con base en la mera sospecha y de dudosa constitucionalidad. Y para MUÑOZ CONDE, *PE*, 19ª, 2013, 230: “El adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos convierte a este delito en uno de peligro abstracto e incluso de sospecha, en la medida en que incluso requiriendo el acercamiento no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese acercamiento se hace realmente para cometer algún delito”, y “en todo caso es cuestionable que siga manteniendo su autonomía punitiva si finalmente se llega a cometer el delito que se pretendía realizar con el menor a partir del contacto”.

En cuanto a la pena prevista para este delito el art. 183 bis se refiere a ella del siguiente modo: “*será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses*”, y sigue determinando “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”.

Con esta última expresión lo que viene a determinar el legislador es una regla concursal entre el delito “preparatorio” y el delito de abuso, agresión o corrupción, es decir, el legislador establece un *concurso de delitos* sancionando el delito de contactar por vía de internet u otra vía telemática con el menor realizando actos de acercamiento y, además, en el supuesto de que finalmente se lleven a cabo los actos de ejecución de ulteriores delitos, también se penarán conjuntamente estos últimos¹¹⁹. Esta cláusula concursal viene siendo criticada por considerar que en este caso la duplicidad de sanción, castigando como dos delitos distintos el ciberacoso y el delito posterior de abuso, agresión o corrupción, esto es, el acto preparatorio conjuntamente con el acto finalizado, constituye una infracción o vulneración del principio *non bis in idem*¹²⁰.

Si el legislador no hubiera optado por establecer esta cláusula concursal correspondería aplicar un *concurso de leyes o de normas* entre ambos delitos, resolviendo a tenor de lo dispuesto en la regla de consunción o absorción del art. 8.3^a CP “*el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”. De este modo, en el supuesto de que el sujeto activo cometiera alguno de los delitos de los arts. 183 y 189 (abuso, agresión o corrupción de menores), ya fuese en grado de tentativa o de consumación, el delito “preparatorio” del art. 183 bis quedaría absorbido por el delito principal. La doctrina

¹¹⁹ Referente al tipo concreto de concurso de delitos aplicable; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 138 y 139, recurre a las reglas del concurso medial, en su opinión, puesto que el delito del art. 183 bis CP es el medio necesario, en función de las circunstancias concurrentes, para cometer la agresión, el abuso o la corrupción del menor, siendo el primer delito el antecedente imprescindible, como acto preparatorio del delito posterior.

¹²⁰ Para más detalle véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *PE I*, 2^a, 2011, 624 y 625; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo CP*, 2012, 290; y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática*, 2012, 145, quien además establece: “De otro lado, podría suponer un agravio comparativo (contrario al art. 14 CE) con aquellos supuestos igualmente reprochables en los que se consigue este fin pero cuyo *modus operandi* o sus actos preparatorios no se encuentran igualmente tipificados por la ley”.

apunta la aplicación de esta última regla “concurso de leyes”, rechazando la aplicación de la cláusula concursal “concurso de delitos” establecida por el legislador¹²¹.

b) Tipo cualificado

En el segundo inciso del art. 183 bis CP se ha incluido una agravante: “*cuando el autor obtenga el acercamiento al menor mediante coacción, intimidación o engaño*”. La agravación de la pena, como ocurría en el art 183.4 CP se establece a través de una regla de determinación de la pena: la del delito cometido en su mitad superior.

La agravación se fundamenta en el mayor desvalor del injusto que supone el empleo de estos medios comisivos para conseguir el acercamiento¹²². Dichos medios deben emplearse con la finalidad de comunicarse con la víctima, existiendo un nexo causal entre su empleo y el acercamiento con el menor, siendo el uso de estos medios el motivo por el cual el menor acepta el acercamiento¹²³. Los medios comisivos a los que se hace referencia en esta agravación (coacción, intimidación o engaño) no se pueden interpretar en el mismo sentido que se interpretan cuando se prevén para la comisión del delito de agresión y el delito de abuso sexual¹²⁴, debiendo ser interpretados del siguiente modo¹²⁵:

- La coacción debe ser interpretada como un mandato o exigencia que se dirige al menor, sin llegar al nivel de amenaza o intimidación.
- La intimidación no es más que la amenaza de un mal, expreso o tácito, que realiza el autor al menor (ejemplo de ello es el de avisar a los padres sobre aspectos de su intimidad a los que haya conseguido tener acceso). La intimidación debe valorarse como un acto dirigido a evitar que el menor

¹²¹ En este sentido véase, entre otros, BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 358; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios CP*, 2011, 439 y 440; RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *PE*, 3ª, 2011, 132.

¹²² MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 233.

¹²³ BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 2010, 358.

¹²⁴ De esta opinión TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172.

¹²⁵ En cuanto a la interpretación de los medios comisivos coacción, intimidación o engaño se ha seguido lo dispuesto en: TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Reforma penal de 2010*, 2010, 172; y MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 137 y 138.

interrumpa el contacto o informe del hecho, por ejemplo a sus padres, o como un acto dirigido a que el menor acepte el encuentro.

- El engaño normalmente va a ser la forma más común de viciar la voluntad del menor para que acepte el acercamiento. Un ejemplo frecuente de engaño será el hecho de que el autor finja tener una edad próxima a la edad de la víctima o el hecho de que el autor aporte motivos no sexuales para conseguir que el menor acepte el encuentro.

3. *Los sujetos del delito*

En cuanto a los sujetos, este precepto no aporta nada diferente respecto a lo establecido para los delitos de abuso y agresión sexual anteriormente tratados: se configura igualmente como un tipo *delictivo común*, pudiendo ser cometido por cualquier sujeto con independencia de su sexo, tanto hombre como mujer y el sujeto pasivo ha de ser un menor de trece años¹²⁶.

4. *Tipo subjetivo*

En el aspecto subjetivo es obvio que se trata de un delito doloso. Al igual que ocurre en los abusos y agresiones sexuales, el sujeto activo, al concertar un encuentro con el menor de trece años, ha de actuar con pleno conocimiento de sus fines sexuales y conocimiento así mismo de la edad de la víctima¹²⁷.

Sin embargo, de la redacción del precepto se entiende que se exige, además del dolo, la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto entendido como una finalidad específica o tendencia que persigue el sujeto activo, siendo ésta la finalidad de cometer los delitos previstos en los arts. 178 a 183 y 189 CP¹²⁸.

¹²⁶ MONGE FERNÁNDEZ, *Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2011, 229.

¹²⁷ Véase nuevamente, la SJM Ourense, de 13 de mayo de 2013 (ARP 1691) donde se dice que el acusado conoce la edad exacta de la menor (12 años) en el momento en el que ocurren los hechos. Ahora bien, en este sentido, al igual que ocurría en el abuso y en la agresión, es posible que se llegue a suscitar un supuesto de *error de tipo* cuando el sujeto activo actúe creyendo que la víctima contaba con trece o más años de edad.

¹²⁸ En este sentido véase, entre otros, PÉREZ CEPEDA, en: GÓMEZ RIVERO (coord.), *PE*, 2010, 196; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios CP*, 2ª, 2011, 731; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP*

No tiene sentido la referencia que hace el precepto a los arts. 178 a 182 CP, ya que en estos se regulan los delitos de agresión y abuso sexual cuando la víctima es mayor de trece años, siendo únicamente necesaria la referencia a la finalidad del autor de cometer los delitos previstos en el art. 183 CP, precepto que recoge los delitos de agresión y abuso sexual cuando la víctima es menor de trece años, es decir, que recoge las conductas que lesionan la indemnidad sexual del menor a las que el precepto se refiere. Por ello, se entiende este elemento de finalidad específica o tendencia en el sentido de que el autor debe querer realizar los delitos previstos en los arts. 183 y 189 CP¹²⁹. Finalmente, quizás debería haberse considerado la inclusión en el precepto también de los delitos relativos a la prostitución de menores (arts. 187 y 188 CP)¹³⁰.

VIII. EL PROYECTO DE REFORMA DE 2013

1. ¿Reforma necesaria? Motivos y críticas generales

En este epígrafe se va a tratar de analizar las diversas modificaciones que el Proyecto de reforma de septiembre de 2013 pretende llevar a cabo en los delitos sexuales, centrando la atención en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años.

La propuesta de reforma se lleva a cabo con el pretexto de adaptar nuestra normativa interna a la normativa europea. Así se señala en la misma exposición de motivos XIII: “Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE¹³¹, relativa a la lucha contra

Comentado I, 3ª, 2012, 705; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 137; LAMARCA PÉREZ, en: LAMARCA PÉREZ (coord.), *PE*, 2ª, 2013, 194.

¹²⁹ En este sentido, MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática*, 2012, 136, establece: “Siendo evidente que al tratarse el sujeto pasivo de un menor de trece años no puede tener el autor intención de perpetrar alguno de los delitos de los arts. 178 a 182 CP, puesto que éstos se refieren a mayores de esa edad y esas mismas conductas están recogidas para los menores de trece años en el art. 183 CP, por tanto esa remisión es redundante o sin más un defecto de técnica legislativa, debiendo tener el propósito de llevar a cabo los tipos del art. 183 o del 189 CP”.

¹³⁰ Así lo establece BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *PE I*, 1ª, 2010, 357.

¹³¹ El documento donde viene recogido el contenido de la Directiva aparece denominado bajo el nombre de “Directiva 2011/92/UE”. Sin embargo existe un documento publicado en DOUE núm. 18, de 21 de enero de 2012 denominado como “corrección de errores de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la DM 2004/68/JAI

los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la DM 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los ciudadanos necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

En relación a ello, RAMOS TAPIA¹³² señala que la normativa europea indica la necesidad de que a los menores de edad se les brinde una protección especial frente a las conductas de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía infantil, debido a que estos sujetos son más fácilmente vulnerables y este tipo de conductas puede interferir en su desarrollo al provocarles un daño. Y para realmente cumplir con las expectativas de la normativa europea en cuanto a este tipo de protección, parece conveniente cambiar la sistemática del CP e insertar un Capítulo dedicado a los delitos sexuales contra menores, o en este capítulo se deberían tipificar, por orden sistemático, los delitos de abusos sexuales, los delitos de explotación sexual (prostitución y utilización en espectáculo pornográficos) y los delitos de pornografía infantil.

En este sentido, la autora pone de manifiesto una crítica al prelegislador respecto a su forma de proceder en la reforma: Primero, determina que lo que hace el prelegislador es adoptar una posición conservadora de la sistemática vigente de esta materia realizando una reforma de “corto y pego” de las prescripciones de la Directiva sin poner atención a si ello produce incoherencias sistemáticas o solapamientos con los tipos penales vigentes. Y segundo, crítica también el hecho de que se mantengan los marcos punitivos desproporcionados en los abusos sexuales a menores de trece años que fueron introducidos por la LO 5/2010, especialmente en los límites mínimos de los

del Consejo” que establece lo siguiente: *En la página 1 de cubierta, en el sumario, y en la página 1, en el título donde dice «2011/92/UE», debe decir «2011/93/UE».*

¹³² Véase RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 667 y 668.

marcos penales, lo que impide tener en cuenta la gran diversidad que pueden presentar estas conductas desde un punto de vista valorativo de su gravedad”¹³³.

Esta crítica, como se verá a lo largo del desarrollo del epígrafe, es bastante acertada.

2. *Principales cambios en los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores: art. 183 CP*

a) *Elevación de la edad del sujeto pasivo: 16 años*

La novedad más significativa que presenta el proyecto de reforma es la proposición de elevar la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años, argumentándose en el mismo proyecto que: “en la actualidad, la edad prevista en el CP era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince años o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo”, y apuntando también la necesidad de adecuarla a la normativa europea. DOPICO GÓMEZ-ALLER¹³⁴ señala al respecto que la elevación de la edad de consentimiento a los dieciséis años no es exigida por el Derecho europeo. Entre los Estados miembros de la UE existen edades de consentimiento muy variadas (Reino Unido y los Estados de Benelux la ubican en dieciséis, en la mayoría de los Estados miembros está en catorce o quince años). Y además la pena que la Directiva 2011/93UE exige para las relaciones sexuales con personas por debajo de dicha edad es notablemente más baja que la aquí señalada.

Es importante destacar que actualmente el CC establece en catorce años la edad a partir de la cual una persona puede contraer matrimonio y, así recoge en su art. 48 la posibilidad de que un menor con catorce años pueda contraer matrimonio al obtener una dispensa judicial. Por lo que si finalmente se optase por elevar la edad del

¹³³ RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 667 y 668, De la misma opinión RODRÍGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 645 Y 646; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014,140.

¹³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 128 y 129.

consentimiento sexual a los dieciséis años, es evidente que, se produciría un problema de coordinación entre el CP y el CC al considerar a una persona menor de dieciséis años capaz para consentir el matrimonio y no considerarle igualmente capaz para consentir las relaciones sexuales.

Con esta modificación en la redacción del art. 183 del proyecto se castiga como abuso sexual “*el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*”, lo que quiere decir que el sujeto pasivo tiene que ser en todo caso menor de dieciséis años, extendiéndose este límite de edad al resto de preceptos del Capítulo II bis, por lo que hay que determinar qué significa esta elevación de la edad en comparación con la regulación vigente:

- Primero, actualmente se presume *iuris et de iure* que el sujeto menor de trece años no tiene capacidad para consentir en el ámbito sexual por lo que se presupone como delito todo acto sexual realizado con el menor de trece aunque éste consienta. El hecho de elevar la edad del consentimiento sexual a dieciséis años va a suponer que la presunción de falta de capacidad para consentir en este ámbito va a recaer sobre el sujeto menor de dieciséis, pasando a considerarse igualmente criminal la realización de actos sexuales consentidos con personas que se sitúen entre trece y dieciséis años¹³⁵.

En el CP actual se reconoce capacidad para consentir en el ámbito sexual a los sujetos situados en la franja de edad trece-dieciséis a la que se viene refiriendo el proyecto. Además, estos mismos sujetos ya son protegidos en el supuesto de que no presten su consentimiento o éste se halle viciado, por ejemplo cuando el autor aplica violencia o intimidación (art. 178), o cuando la víctima se encuentra en situación de trastorno o privada de voluntad (art. 181). Es más, el CP recoge un supuesto especial de protección para esta franja de edad trece-dieciséis cuando el autor haya utilizado engaño para realizar los actos de carácter sexual. Así lo establece el art. 182 “*El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis*”.

¹³⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 128.

- Segundo, de lo dicho anteriormente se deduce que actualmente la realización de actos sexuales con menores entre trece y dieciséis años sólo se va a penalizar si no hubo consentimiento por parte del menor o éste se hallaba viciado (son de aplicación los arts. 178 a 182 CP). Con la reforma se pasaría a considerar como delito, en todo caso, la realización de actos sexuales con menores entre trece y dieciséis (este grupo de menores se equipararía al grupo de menores de trece años, siendo de aplicación para todos los menores de dieciséis años el art. 183 CP) lo que va a suponer una elevación considerable de las penas.

Véase el siguiente cuadro comparativo:

FRANJA 13-16 AÑOS CONDUCTA	ACTUALMENTE:	REFORMA: aplicación de art. 183 (equiparación con menores de trece)
Abuso básico	Prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses	Prisión de 2 a 6 años
Abuso con acceso carnal	Prisión de 4 a 10 años	Prisión de 8 a 12 años
Agresión básica	Prisión de 1 a 5 años	Prisión de 5 a 10 años
Agresión con acceso carnal	Prisión de 6 a 12 años	Prisión de 12 a 15 años
Abuso con engaño	Prisión de 1 a 2 años o multa de 12 a 24 meses	No se aplica a menores de 16 años. Con la reforma pasaría a ser de aplicación a la franja de menores 16-18 años.
Abuso con engaño y acceso carnal	Prisión de 2 a 6 años	

En opinión de DOPICO GÓMEZ-ALLER¹³⁶, en primer lugar es difícil encajar el hecho de que una conducta que actualmente se permite “legalmente” como puede ser mantener relaciones sexuales consentidas con una persona de 15 años pasaría a penarse con 8 a 12 años de prisión (al considerarse abuso aunque sea consentido), conducta que supondría una pena mayor que la violación a un adulto (agresión con acceso carnal

¹³⁶ Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 129 y 130.

penada con prisión de 6 a 12 años) y casi equiparada a la pena prevista para un delito de homicidio (10 a 15 años). Y, en segundo lugar, se manifiesta claramente una desproporción punitiva en la regulación de las relaciones sexuales con niños (a partir de 4 años¹³⁷) y con adolescentes (13-16 años) desde el momento en que se establece para ambos un marco penal idéntico. Esto no tiene sentido, puesto que mantener relaciones sexuales consentidas con una persona de 15 años no requiere el mismo tratamiento penal que unas hipotéticas relaciones sexuales “consentidas” con un niño de 4 años, hasta el punto de que en estos últimos carece de sentido una distinción entre relaciones consentidas o no consentidas, mientras que en personas de 14 o 15 años la distinción sí tiene significado. Así mismo, el autor establece el siguiente cuadro comparativo:

	personas de 4 a 16	personas de 0 a 4
Actividad sexual consentida con acceso carnal.	Prisión de 8 a 12 años	Prisión de 10 a 12 años
Actividad sexual consentida sin acceso carnal.	Prisión de 2 a 6 años	Prisión de 4 a 6 años

b) Cambios en la conducta típica del art.183

El proyecto de reforma propone cambios a lo largo de la redacción del art. 183; más concretamente en la redacción del abuso (183.1), de la agresión (183.2) y en una de las circunstancias cualificadoras [183.4 e)]¹³⁸.

- En primer lugar, se quiere delimitar la conducta del art.183.1 como “el que realizare *actos de carácter sexual* con un menor de *dieciséis años*”, frente a la redacción vigente “el que realizare *actos que atenten contra la indemnidad sexual* de un menor de *trece años*”.
- En segundo lugar, se quiere modificar la redacción del art.183.2 en lo que se refiere al empleo de violencia o intimidación (medios comisivos de la agresión

¹³⁷ En los casos en los que el sujeto pasivo es menor de 4 años siempre se va a aplicar la pena en su mitad superior por la agravación del art. 183.4 a) “Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, *cuando sea menor de cuatro años*”.

¹³⁸ Estos mismos cambios los proponía ya el Anteproyecto de Octubre de 2012, con la salvedad de que mantenía el sujeto pasivo como menor de trece años.

sexual). Así, se quiere establecer el precepto “cuando los *hechos* se cometan empleando violencia o intimidación” frente a la redacción vigente “cuando el *ataque* se produzca con violencia o intimidación”. Sin embargo, el cambio más llamativo es la inclusión de un segundo inciso en este precepto “*Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo*”¹³⁹.

La inclusión de este segundo párrafo determinaría que no es necesario un contacto corporal directo entre autor y víctima respondiendo así a la cuestión que se planteaba, sobre la necesidad o no de un contacto corporal entre los sujetos, al tratar la conducta típica de los abusos y agresiones sexuales. Ahora bien, esta nueva redacción sólo aclararía la cuestión en el delito de agresión sexual siguiendo abierta a interpretación en el delito de abuso.

A la pregunta de si realmente son necesarios estos cambios en la conducta del art. 183 se encuentran diversas respuestas en la doctrina:

Para RODRÍGUEZ PUERTA¹⁴⁰, este cambio es innecesario pues la redacción vigente “atentar contra la indemnidad sexual” permite una interpretación amplia comprensiva de conductas en las que no se produce contacto físico entre autor y víctima. Así mismo, caben todos los actos a los que se refiere la Directiva 2011/93 UE en su art. 3 siendo estos los que suponen un contacto directo entre autor y menor, entre menor y un tercero e incluso aquellos otros en los que se “obliga” o facilita que el menor lleve a cabo una mera observación de terceros en actitud sexual.

En el mismo sentido, para DOPICO GÓMEZ-ALLER¹⁴¹ la redacción “actos de carácter sexual” no deja claro qué conductas entran dentro del precepto, si exigen contacto físico o no, y aunque la redacción vigente “atentado contra la indemnidad

¹³⁹ El anteproyecto de Octubre de 2012 solo hacía referencia a “participar en actos de naturaleza sexual con un tercero”

¹⁴⁰ Véase RODRIGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 645 y 646.

¹⁴¹ Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 133.

sexual” ha sido criticada, su sustitución por una aún menos concreta no parece compatible con las exigencias del mandato constitucional de determinación de los tipos penales.

En sentido contrario, hay quien ve necesaria la reforma pero sugiriendo propuestas alternativas a la misma. Así CABRERA MARTÍN¹⁴² propone modificar la redacción vigente del 183.1 sugiriendo la expresión “*involucrar a un menor en actos de carácter sexual que impliquen contacto físico*”. Con esta propuesta alternativa se permitiría incluir no sólo los supuestos en los que el sujeto activo practique actos sexuales sobre el menor, sino también aquellos en los que se obligue al menor a practicar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo, siendo innecesaria la inclusión del segundo inciso al art. 183.2.

También RAMOS TAPIA¹⁴³ propone cambiar la conducta del 183.1 utilizando la expresión “*practicar actividades sexuales con un menor de trece años*”, porque resulta más amplia que la de “realizar actos de carácter sexual” y porque indica de manera más clara que el tipo penal abarca no sólo la realización de actos sexuales sobre el menor, sino también los supuestos en que se obliga al menor a realizar actos sexuales sobre su propio cuerpo (actividad sexual sin contacto físico).

- En tercer lugar, como se señaló al principio de este apartado, el proyecto pretende modificar también la redacción de la circunstancia agravante prevista en el art 183.4 e). De esta forma, siendo su redacción vigente “*cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor*”, el proyecto añade el dolo o la imprudencia grave como medios comisivos y, además de proteger la vida, protege la salud del menor quedando la redacción “*cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*”¹⁴⁴.

¹⁴² Véase CABRERA MARTÍN, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012, 2013*, 655.

¹⁴³ Véase RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012, 2013*, 663.

¹⁴⁴ Cuando se analizó este tipo cualificado [art.183.4 e) CP] se puso de manifiesto la imposibilidad de considerar como imprudente esta “puesta en peligro” de la vida del menor. Sin embargo, claramente, con el cambio propuesto en la reforma cambiaría esta percepción en la circunstancia cualificadora, pudiendo llegar a apreciar la imprudencia cuando esta fuera grave.

Parece que no existe oposición a este cambio. Ejemplo de ello es la opinión de RODRÍGUEZ PUERTA¹⁴⁵, quien lo acepta proponiendo su incorporación, porque en su opinión, supone una mejora técnica que no provoca contradicción alguna con lo dispuesto en el título objeto de la reforma.

Las modificaciones referidas anteriormente ponen de manifiesto la necesidad de cuestionarse si realmente el cambio en la redacción de la conducta típica debe limitarse a los arts. 183.1 y 2 o debería ser general, pues hay que recordar que sigue existiendo una franja de menores de edad (16 a 18 años) protegidos en los arts. 178 a 181 CP.

La doctrina apunta a que si se realiza alguna modificación en la conducta típica debe tener extensión a todos los delitos de abuso y agresión sexuales. De esta opinión:

RAMOS TAPIA¹⁴⁶, quien señala que el segundo inciso que la reforma quiere añadir al art 183.2 responde a la exigencia del art. 3.6 de la Directiva 2011/93/UE de incriminar la conducta de “*compeler a un menor con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero*”¹⁴⁷. Sin embargo, el precepto que se quiere reformar (art. 183.2) solo es aplicable cuando la víctima es un menor de trece años mientras que la prescripción de la Directiva obliga también a reformar el precepto aplicable a las agresiones sexuales a menores de más de trece años (art. 178). La autora realiza esta puntualización en relación al anteproyecto de octubre de 2012, cuando todavía no se proponía la elevación de la edad del consentimiento a dieciséis años, por lo que debe entenderse extendida al proyecto de reforma y si se quiere incluir este nuevo inciso se tiene que aplicar cuando la víctima es menor de dieciséis (art. 183.2) y cuando se trata de un menor de más de dieciséis años (art. 178).

¹⁴⁵ Véase RODRÍGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 645; En el mismo sentido, sin oponerse al cambio CABRERA MARTÍN, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 655 y 657.

¹⁴⁶ RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 665.

¹⁴⁷ Art. 3.6 Directiva 2011/93/UE “*Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad*”.

También CABRERA MARTÍN¹⁴⁸ plantea extender su propuesta alternativa “involucrar a un menor en actos de carácter sexual que impliquen contacto físico” a los abusos y agresiones sexuales en general, y no solamente en relación con los contenidos en el Capítulo II bis, proponiendo así que se modifiquen en el mismo sentido los arts. 178 y 181 del CP. Y para ello sugiere que, o bien en el art. 178 (por ser el que inicia el Título) o bien entre las disposiciones comunes, se incluya un apartado de aproximadamente el siguiente tenor: “*Se entenderá por actos sexuales que impliquen contacto físico los que supongan contacto físico del sujeto pasivo con la víctima, de la víctima con un tercero o de la víctima consigo misma*”.

En el mismo sentido RODRÍGUEZ PUERTA¹⁴⁹ hace referencia a la coherencia y relación que debe existir necesariamente entre normas que persiguen la protección de un bien jurídico común, y determina que esta coherencia puede verse afectada si se procede a realizar una reforma sin examinar el conjunto de preceptos en los que la misma se inserta.

3. Nuevo delito tipificado en el art. 183 bis CP

Actualmente el art. 183 bis regula el delito de ciberacoso sexual o “child grooming”. El Proyecto pretende regular este delito en un nuevo art. 183 ter pasando a regular dentro del 183 bis un nuevo delito: “*El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años*¹⁵⁰”.

¹⁴⁸ CABRERA MARTÍN, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 655.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 645.

¹⁵⁰ El anteproyecto de Octubre de 2012 ya recogía este nuevo delito con la salvedad de que mantenía la edad del menor en trece años, y además no se refería a la conducta de “hacer participar al menor en un comportamiento de naturaleza sexual” regulando únicamente las conductas de “hacer presenciar a un menor de trece años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos y hacerle presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos”.

La inclusión de este precepto es algo que no parece tener mucho sentido, pues las conductas que tipifica esta nueva modalidad delictiva bien pueden ser encuadradas en otros preceptos actualmente recogidos en el CP:

- Respecto a la introducción de la conducta *“hacer presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”* surgen opiniones contrapuestas, en lo que sí coinciden ambas posiciones es en la relación que se presenta con el vigente art. 185 CP relativo al delito de exhibicionismo.

Oponiéndose a esta redacción RODRÍGUEZ PUERTA¹⁵¹, quien propone acertadamente su eliminación considerando que las conductas integradas en esta expresión deben subsumirse en el delito de exhibicionismo del art. 185 *“El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces”*. Como se puede observar este ya castiga la conducta del que hace presenciar a un menor de hasta dieciocho años actos de carácter sexual (incluida la exhibición obscena) tanto si estos son realizados por el propio autor como si es el autor el que hace ejecutar a un tercero los actos de exhibición ante el menor.

Además, esta reforma sería innecesaria si tenemos en cuenta que se quiere imponer una pena de privación de libertad de *“seis meses a dos años”* frente a la pena de privación de libertad de *“seis meses a un año”* que establece el art. 185, pues esta última ya cumple los requisitos punitivos que establece el art. 3.2 de la Directiva 2011/93/UE para este tipo de conductas¹⁵².

En sentido contrario, a favor de este nuevo precepto, RAMOS TAPIA¹⁵³ propone mantener el texto de la reforma pero sugiriendo modificar conjuntamente el art. 185 CP de la siguiente forma: *“El que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de más de trece años o una persona discapacitada*

¹⁵¹ Véase RODRIGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 647; comparte ésta opinión DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 185.

¹⁵² Art. 3.2 Directiva 2011/93/UE *“Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”*.

¹⁵³ Véase RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 666 y 667.

necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses”. Donde dice “menores de más de trece” debe entenderse “menores de más de dieciséis” puesto que la autora realiza esta propuesta al comentar el anteproyecto de octubre de 2012 cuando todavía no se proponía elevar la edad del consentimiento a dieciséis años. Básicamente quiere poner de manifiesto la necesidad de limitar el ámbito de aplicación del 185 a la franja de menores de edad que no quedarían cubiertos por el nuevo precepto 183 bis.

- Otra de las conductas que introduce el nuevo art. 183 bis es la de “*hacer presenciar al menor abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos*”.

Tal y como se acaba de señalar, RAMOS TAPIA¹⁵⁴ propone modificar conjuntamente el art. 185, por lo que sugiere también añadir a éste último la redacción: “*Si le hubiere hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años*”, basándose en la necesidad de dar una respuesta apropiada para los casos en que se hace presenciar a un mayor de trece años (como ya se matizó debe entenderse mayor de dieciséis) un abuso sexual, por ser un supuesto de mayor gravedad que el de hacer presenciar actos de carácter sexual, y para ello propone una pena más grave “*prisión de uno a dos años*” pero que sigue siendo más leve que la recogida en el nuevo art. 183 bis “*prisión de uno a tres años*”. (El art. 3.3 de la Directiva 2011/93/UE¹⁵⁵ obliga a prever una pena máxima de al menos dos años cuando se hace presenciar al menor abusos sexuales).

En otro sentido, RODRÍGUEZ PUERTA¹⁵⁶, respecto a esta nueva conducta de “*hacer presenciar al menor abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos*”, dice que tampoco aporta nada nuevo, sino que más bien podría conducir a atenuar la responsabilidad del sujeto que obliga a un menor a presenciar un atentado contra la indemnidad sexual de un tercero. Considera que estos supuestos ya resultarían

¹⁵⁴ Véase RAMOS TAPIA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 667.

¹⁵⁵ Art. 3.3 Directiva 2011/93/UE “Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años”.

¹⁵⁶ Véase RODRÍGUEZ PUERTA, en: LVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 647.

abarcados por los delitos de abuso y de agresión de los arts. 183.1 y 2 CP y señala que, frente éstos últimos, que permiten imponer una pena de prisión de “dos a seis años” o de “cinco a diez años” dependiendo de si se emplea o no violencia o intimidación sobre el menor para obligarlo a presenciar ese delito contra la libertad sexual, la reforma pretende imponer una pena de privación de libertad de “uno a tres años”.

- Por último, con esta nueva modalidad delictiva se quiere castigar la conducta en la que el autor “*determina al menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual*”.

La inclusión de esta conducta es la que parece tener menos sentido, pues se podría llegar a entender incluida en la mayoría de los tipos delictivos recogidos a lo largo del Título VIII “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” del CP.

Por ejemplo, dentro de la conducta del abuso del 183.1 “realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor” y dentro de la conducta de la agresión del 183.2 “cuando los actos se llevan a cabo con violencia o intimidación” se incluyen los supuestos en los que el autor “obliga” a la víctima a realizar con él un acto sexual, a realizarlo con un tercero o incluso a realizarlo sobre sí mismo, todos ellos considerados “comportamientos de naturaleza sexual”.

Otro supuesto en el que podría incluirse esta conducta es en el delito de prostitución del art. 187 CP, cuando el autor “induce, promueve, favorece o facilita la prostitución de una persona menor de edad”, pues aquí queda claro que está determinando al menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual. Y lo mismo ocurre con el delito de corrupción de menores del art. 189 CP cuando el autor “capta o utiliza a un menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos”

Además, en todos los preceptos que acaban de ser nombrados se establecen penas mayores de la que propone el nuevo precepto 183 bis “prisión de seis meses a dos años”.

4. *Cambios en el delito de ciberacoso: nuevo art.183 ter CP*

El proyecto de reforma pretende dar una nueva ubicación al delito de ciberacoso, en el proyectado art. 183 ter. Ahora bien, los cambios pretendidos para este delito no se basan simplemente en esta nueva situación del precepto, sino que también se quieren realizar modificaciones en su redacción:

En primer lugar, se elimina la referencia a la finalidad de cometer los delitos previstos en los arts. 178 a 182 CP¹⁵⁷ quedando la redacción: “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los *artículos 183 y 189*”. Se deduce que el prelegislador ha querido delimitar la conducta del “ciberacoso sexual o child grooming” únicamente para el fin de cometer los delitos de abuso o agresión sexual y el delito de corrupción de menores¹⁵⁸.

En segundo lugar, se quiere añadir al precepto un segundo apartado estableciendo lo siguiente: “*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años*”¹⁵⁹.

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER¹⁶⁰, con la introducción de este inciso nuevamente nos encontramos con una trasposición defectuosa, en este caso, del art. 6.2

¹⁵⁷ El anteproyecto de Octubre de 2012 ya proponía la nueva ubicación del “ciberacoso”, pero en cuanto a su contenido no proponía eliminar la referencia a la finalidad de cometer los delitos previstos en los arts. 178 a 182 CP.

¹⁵⁸ Cuando se analizó el tipo subjetivo del delito de ciberacoso ya se apuntó la necesidad de eliminar la referencia a los arts. 178 a 182 CP por ser los preceptos que recogen los delitos de abuso y agresión sexuales cuando la víctima es mayor de trece.

¹⁵⁹ El anteproyecto de octubre de 2012 ya proponía la inclusión de este segundo párrafo, con la salvedad de la edad del menor de trece años.

¹⁶⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 140.

de la Directiva 2011/93/UE¹⁶¹ que obliga a castigar el hecho de “*embaucar*” *al menor por medios telemáticos para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor*. Si ya el término embaucar empleado por la Directiva tiene unos perfiles poco claros, la redacción del proyecto lo complica más adelantando la barrera típica del poco taxativo “embaucar” al “contactar y realizar actos dirigidos a embaucar”. Y en cuanto a la finalidad del embaucamiento también resulta empeorada por el texto de la reforma que propone castigar el hecho de “*embaucar*” *al menor para que le facilite material pornográfico* (no se exige que se represente al menor), *o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor* (sólo se exige que se represente al menor en esta segunda referencia).

Señala acertadamente que este nuevo precepto termina siendo una modalidad atenuada del delito del art. 189.1 a) CP en el que ya se castigan estas conductas, por ello establece el siguiente cuadro comparativo:

art. 189.1 a) (vigente)	art. 183 ter 2 (proyecto)
Captar o utilizar a menores de edad con fines pornográficos	Embaucar a menores de hasta 16 años para que proporcionen material pornográfico o imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor
Prisión de 1 a 5 años	Prisión de 6 meses a 2 años

RODRÍGUEZ PUERTA¹⁶² propone la eliminación de este nuevo párrafo trasladando al ámbito del art 189 (pornografía infantil) la conducta del delito de ciberacoso sexual o child grooming, lo que, en palabras de esta autora, supondría configurar ese nuevo delito como una forma específica de elaboración de material pornográfico en la que no es el autor el que crea o produce la pornografía directamente, sino que se sirve del propio menor para obtenerla. De este modo se lograría cumplir la

¹⁶¹ El art 6.2 de la Directiva 2011/93/UE obliga a criminalizar “cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el art. 5 apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

¹⁶² Véase RODRÍGUEZ PUERTA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 649.

Directiva 2011/93/UE y se daría una respuesta plausible a conductas que, en términos criminológicos, son significativas y frecuentes.

Así mismo, sugiere que podría ser también beneficiosa la eliminación del primer párrafo. Argumenta que las conductas dispuestas en este precepto sancionan tentativas de agresiones o abusos sexuales a menores o de creación de pornografía infantil.

5. *El art. 184 quáter CP*

Otra de las novedades importantes del proyecto de reforma es la inclusión de un nuevo precepto que, al elevarse a dieciséis la edad del consentimiento sexual, responde a la necesidad de excluir como delito las relaciones sexuales consentidas entre el menor de dieciséis años y una persona próxima a su edad o grado de madurez.

Este nuevo precepto (184 quáter) establece la siguiente redacción: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*. De este precepto se concluye que el proyecto criminaliza como abuso cualquier actividad sexual consentida realizada con un menor de dieciséis años a menos que “el autor sea una persona próxima al menor por edad, grado de desarrollo o madurez”, en cuyo caso la conducta es atípica¹⁶³.

Antes de que el proyecto incluyese este precepto, ya había quien apuntaba la necesidad de regular los actos sexuales consentidos por un menor con alguien de madurez parecida:

En este sentido CABRERA MARTÍN¹⁶⁴ proponía añadir en el art. 183 el siguiente apartado (núm. 6): *“No será constitutiva de delito la conducta del que realice actos de carácter sexual con un menor que ya haya alcanzado la edad de trece años (debe entenderse con el proyecto en dieciséis), siempre que éste haya dado su consentimiento y la diferencia de edad entre las partes no sea superior a cinco años. No*

¹⁶³ Así lo establece DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 128.

¹⁶⁴ Véase CABRERA MARTÍN, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de 2012*, 2013, 655 y 656.

obstante, si el consentimiento se hubiera obtenido mediante violencia, intimidación o prevalimiento de una relación de superioridad, confianza o influencia sobre el menor las conductas “serán sancionadas con arreglo a los apartados anteriores de este artículo”. La finalidad de este apartado es la de salvaguardar la posibilidad de que, por debajo de los dieciséis años, los menores puedan mantener relaciones sexuales lícitas en condiciones de igualdad, pues en estos supuestos no se aprecia lesividad para el bien jurídico protegido.

En todo caso DOPICO GÓMEZ-ALLER¹⁶⁵ señala que la expresión “próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez” constituye un concepto jurídico amplio y falto de taxatividad, concepto que un Juez deberá valorar a la hora de decidir si unas relaciones sexuales completas con un niño o adolescente son atípicas o merece una pena mínima de ocho años de prisión, por lo que la inseguridad jurídica es evidente.

¹⁶⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ANTÓN BOIX (coord.), *Informe sobre los proyectos de reforma*, 2014, 132.

IX. CONCLUSIONES

El legislador ha establecido, de manera inequívoca, la indemnidad sexual como el bien jurídico que se pretende proteger con esta modalidad delictiva. Con ello se quiere proteger la futura libertad sexual del menor y su derecho a una adecuada formación libre de la personalidad en el ámbito sexual. Se considera que los menores que no han alcanzado la edad de trece años carecen de la capacidad y madurez suficiente para conocer el significado de la sexualidad, por ello se establece la presunción *iuris et de iure* de que su consentimiento en las relaciones sexuales no es válido, siendo, en todo caso, punibles los actos de naturaleza sexual realizados con ellos.

La conducta típica de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años se define como la realización de actos que atentan contra la indemnidad sexual del menor, estableciéndose el elemento diferenciador en los medios comisivos (violencia o intimidación) necesarios para llevar a cabo la acción en el delito de agresión.

Para que una conducta sea calificada de abuso o agresión sexual no tiene que existir, necesariamente, un contacto corporal entre autor y víctima. Se interpreta que quedan incluidos en esta tipología los actos en los que no se produce necesariamente un contacto directo entre ambos sujetos, como pueden ser los casos en los que el autor obliga al menor a adoptar actitudes sexuales con otra persona o cuando le obliga a realizar actos sexuales sobre sí mismo, pues queda claro que también se está vulnerando su indemnidad sexual.

En el tipo subjetivo de los delitos de abusos y agresiones sexuales se debe descartar la exigencia de un especial elemento subjetivo de lo injusto entendido como ánimo lubrico o lascivo. Lo que sí debe concurrir (y probarse) es el dolo por parte del autor para poder apreciar el delito, en el sentido de que lo realmente importante es que realice la conducta típica de manera voluntaria y consciente de que está atentando contra la indemnidad sexual del menor, independientemente de cuál sea el ánimo o finalidad que persiga.

La reforma aprobada por la LO 5/2010 ha supuesto una elevación de las penas que se preveían en el CP para estas modalidades delictivas. Hasta tal punto que, se

puede afirmar que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad (se castiga más gravemente la agresión sexual de un menor de trece años que el homicidio).

Con el nuevo delito de ciberacoso sexual o “child grooming” se tipifica el contacto con fines sexuales, con un menor de trece años, a través de medios telemáticos. Su contenido equivale a la tipificación expresa de actos preparatorios individuales de posteriores delitos de abuso, agresión y corrupción de menores. Esto ha supuesto un excesivo adelantamiento de la punibilidad, fundamentada además en meras sospechas, lo que conlleva una difícil aplicación práctica del precepto, aparte de resultar cuestionable a nivel jurídico.

El Proyecto septiembre 2013 propone varios cambios en la tipificación de estos delitos, generalmente criticables, pues de aprobarse esta propuesta de reforma se producirán incoherencias sistemáticas o solapamientos entre los tipos penales. Pero, sin duda, el cambio más criticable será el relativo a la elevación de la minoría de edad sexual a los dieciséis años, pues pasaría a considerarse punible, en todo caso, la realización de actos sexuales con menores entre trece y dieciséis, manteniendo la aplicación de los marcos punitivos desproporcionados, introducidos por el legislador de 2010, siempre que la víctima sea menor de dieciséis años.

X. BIBLIOGRAFÍA¹⁶⁶

BOIX REIG, Javier: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Javier BOIX REIG (dir.), *Derecho penal, Parte Especial, la protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del CP)*, vol. I, Madrid, Iustel, 2010, 315-360.

CABRERA MARTÍN, Miriam: *Delitos contra la indemnidad sexual: arts. 182 y 183*, en: Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 651-657 (Libro electrónico).

CALDERÓN CERESO, Ángel: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*, en: Ángel CALDERÓN CERESO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de derecho penal, Parte Especial II, Adaptado al programa de las pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Madrid, Deusto jurídico, 2005, 91-104.

CANCIO MELIÁ, Manuel: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, Madrid, Ediciones Francia lefebvre, 2011, 803-821.

CANCIO MELIÁ, Manuel: *Delitos sexuales*, en: Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.). *Estudios sobre las reformas del CP operadas por las LO 5/2012, de 22 de Junio y 3/2011, de 28 de Enero*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, Thomson Reuters, 2011, 359-381.

CARMONA SALGADO, Concha: *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, Bosch, 1981.

CARUSO FONTÁN, María Viviana: *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido/SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO

¹⁶⁶ Las palabras que aparecen en negrita son las utilizadas para las citas en nota a pie de página.

(dir.), *Código Penal Comentado, concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de Junio de 2010*, Tomo I, 3ª, Barcelona, Bosch, 2012, 676-706.

CUGAT MAURI, Miriam: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004, 311-368.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: José Luis DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 209-266.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch, 1985.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *Análisis crítico de la regulación de los delitos contra la indemnidad sexual según el proyecto de reforma de 2013*, en: Fco. Javier ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/José Ramón ANTÓN BOIX (coord.), *Informe de la sección de derechos humanos del ilustre colegio de abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de seguridad privada y LO del poder judicial (Jurisdicción universal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 127-140.

GALLEGO SOLER, J.I: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 427- 440.

GARCÍA ARÁN, Mercedes: “*Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor*”, en: Madrid, **CDJ, 1998-XII**, 75-77.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Libertad e indemnidad sexuales, cuestiones generales, agresiones y abusos sexuales*, en: F. Javier ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/Arturo VENTURA PÜSCHEL/Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.), *Derecho penal español, Parte Especial*, Tomo I, 2ª aumentada y corregida conforme a la LO 5/2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 581-626.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Manuel GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª, Valladolid, Lex Nova, 2011, 707-737.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: *Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming*, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, 141-149.

LAMARCA PÉREZ, Carmen: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Carmen LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos y faltas, la Parte Especial del derecho penal*, 2ª, Madrid, Colex, 2013, 177-192.

MANZANARES SAMANIEGO José Luis: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: *Código Penal (adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio, (comentarios y jurisprudencia), Parte Especial II, Artículos 138 a 639)*, Granada, Comares, 2010, 219-260.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *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)*, Barcelona, Bosch, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: *Los delitos sexuales contra los menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación*, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, 129-139.

ORTS BERENGER, Enrique: *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

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

ORTS BERENGUER, Enrique: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Tomás S. VIVES ANTÓN/Enrique ORTS BERENGUER/Juan Carlos CARBONELL MATEU/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal, Parte Especial, 3ª Actualizada de acuerdo con la LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 223-278.

ORTS BERENGUER, Enrique: *Delitos contra la libertad sexual*, en: BOIX REIG/ORTS BERENGER/VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, 135-155.

PÉREZ CEPEDA, Ana M^a: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*, en: M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal, Parte Especial (adaptado al EEES)*, Madrid, Tecnos, 2010, 177-199.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. J: *Derecho penal español, Parte Especial, 5ª*, Barcelona, Atelier, 2008, 181-229.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.)/Ramón RAGUÉS I VALLES (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte Especial, 3ª Edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2011, 119-140.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca*, en: Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.)/Nuria PASTOR MUÑOZ (coords.), *El nuevo CP, Cometarios a la reforma*, Madrid, La ley, 2012, 281-290.

RAMON RIBAS, Eduardo: *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.

RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada: *Delitos de abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis*, en: Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ Jacobo DOPICO GÓMEZ-

ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 659-668 (Libro electrónico).

RODRÍGUEZ PUERTA, M^a José: *Delitos contra la indemnidad sexual de menores: arts. 182,183, 183 bis y 183 ter CP*, en: Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 639-650 (Libro electrónico).

SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, José. E: *Delitos contra la libertad sexual (I), agresiones y abusos, los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en: Lorenzo MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de derecho penal español Parte Especial*, Madrid, Dy Kinson, 2011, 233-259.

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

TAMARIT SUMALLA, Josep María: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual, análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2^a, Pamplona, Aranzadi, 2002.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Los delitos sexuales. Abusos sexuales. delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)*, en: Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, Aranzadi, 2010, 165-172.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María/GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*, en: Juan María TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho Penal, Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, vol. I, Madrid, Iustel, 2011, 175-203.

VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel: *Los abusos sexuales*, 2^a, Barcelona, Bosch, 2004.

VICENTE MARTINEZ, Rosario: *De las agresiones sexuales; De los abusos sexuales*, en: L. ARROYO ZAPATERO/I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ J.C. FERRÉ OLIVÉ/ N. GARCÍA RIVAS/ J.R. SERRANO PIEDECASAS/ J.M^a. TERRADILLOS BASOCO (dirs.)/A. NIETO MARTÍN/A.I. PÉREZ CEPEDA (coords.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007, 429-441.