



Trabajo Fin de Grado

Delitos de abusos y agresiones sexuales a menores
de dieciséis años. Análisis del artículo 183 y 183
quater del Código Penal.

Autor/es

Estrella Rudilla Plano

Director/es

Belén Mayo Calderón

Facultad de Derecho

2014/2015

Repositorio de la Universidad de Zaragoza – Zaguán <http://zaguán.unizar.es>

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN:	2-3
2. MOTIVOS QUE DIERON LUGAR A LA RIGUROSA TIPIFICACIÓN DE ESTOS HECHOS DELICTIVOS:	4-6
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:.....	7-9
4. ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DELICTIVOS QUE SE CONTIENEN EN EL ART 183.	
4.1 Tipo básico de abusos sexuales a menores de dieciséis años.....	10-16
4.2 Tipo básico de agresiones a menores de dieciséis años.....	17-29
4.3 Tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.....	20-24
5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 183 QUATER.....	25-26
6. CONCLUSIONES.....	27
7. BIBLIOGRAFÍA.....	28-29

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se va a llevar a cabo el estudio y análisis del artículo 183 del Código Penal en el que se tipifican los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

El legislador ha ubicado estos delitos en el Título VIII, Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Nos encontramos ante una de las materias que más variaciones ha sufrido desde la entrada en vigor del actual Código Penal en 1995.

En concreto, la referida materia fue reformada inicialmente en 1999, a través de la LO 11/1999, de 30 de abril, posteriormente fue objeto de modificación por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y meses más tarde, vuelve a sufrir una modificación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Seguidamente, es a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio cuando se crea un nuevo Capítulo en el Título VIII del Código Penal, el Capítulo II bis, bajo la rúbrica "De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años", tipificando todos los supuestos de abusos y agresiones sexuales,

posibles a estos menores de trece años en el artículo 183¹ y añadiendo un nuevo tipo delictivo en el artículo 183 bis², referido al acoso mediante instrumentos electrónicos.

Por último, este mismo 2015 se volvió a realizar una última reforma del Código Penal, la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio. En la materia que nos ocupa, una de las modificaciones más características es la elevación por parte del legislador de la edad mínima de consentimiento sexual, que se encontraba en los trece años y que tras la citada reforma se encuadra en los dieciséis, lo que conlleva una modificación de la propia rúbrica del Capítulo del Código Penal que se viene analizando, pasando a denominarse "De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años". Se modifica asimismo el artículo 183, el delito recogido en el artículo 183 bis pasa a regularse en el artículo 183 ter, introduciendo en éste artículo 183 bis una figura delictiva en la que se tipifica la acción de determinar al menor a participar o simplemente a presenciar una escena con naturaleza sexual. Finalmente, se introduce un nuevo artículo 183 quater en el que se excluye la responsabilidad penal en los casos en los que las partes tengan una edad similar y exista un consentimiento libre.

Sobre los motivos que me llevaron a elegir este tema, no hay un único motivo sino, que dentro del ámbito del Derecho Penal, sí que tenía muy claro que mi trabajo

1 « 1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades. 5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

2 « El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

versaría sobre alguna de las partes de derecho penal especial y no del general. En base a esto, dentro de todos los campos de estudio que abarca la parte especial del Derecho Penal, el ámbito de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores es en cierta forma un campo nuevo, debido a las recientes reformas que han experimentado estos delitos, lo que nos lleva a determinar que nos encontramos ante una materia de actualidad.

Por otro lado, estos tipos delictivos, a mi parecer, tienen una gran importancia. Hablamos de menores y más concretamente de menores de dieciséis años, niños y niñas que necesitan la protección de los demás, la protección de la sociedad y en gran medida del legislador, más que cualquier otro individuo, pues carecen de la capacidad de auto defenderse. Esto junto a la importante repercusión que suscitaron en nuestro país casos como el de Mari Luz, llevan a subrayar la imperiosa necesidad de introducir novedades en la regulación de estos delitos y de ahí el interés en estudiar y analizar los mismos.

2. MOTIVOS QUE DIERON LUGAR A LA RIGUROSA TIPIFICACIÓN DE ESTOS HECHOS DELICTIVOS.

Como ya se ha apuntado, estos delitos han sufrido muchas modificaciones a lo largo de los años. No obstante, es a partir del 2010 cuando estos delitos contra menores adquieren una regulación autónoma y dejan de ser un tipo agravado dentro del genérico de abusos y agresiones sexuales. Por ello, la reforma operada por la LO 5/2010 tiene un gran peso en esta materia y resulta necesario estudiar los motivos que llevaron a la aprobación de dicha reforma. Asimismo, es necesario analizar los cambios introducidos por la LO 1/2015 y los motivos que condujeron a su aprobación.

Es indudable que los abusos y agresiones sexuales existen y que estos delitos generan una gran alarma social.

Estudios estadísticos³ arrojan datos que concluyen que un tercio de todas las agresiones sexuales se producen a niños con edades entre los 8 y 12 años, el 25,22% de los menores, tanto varones como mujeres, con edades entre los 12 y 13 años han sido víctimas de estos delitos, de la misma manera, el 15,73% de los menores entre 8-9 años también son objeto de estos delitos. Al margen de estos datos, se debe tener en cuenta lo

³López Sánchez, Agresores y agredidos. Los abusos sexuales de adolescentes, página 30.

que se denomina “cifras ocultas”, esto es, todas aquellas agresiones y abusos sexuales no denunciados.

Uno de los aspectos que, en mi opinión, hay que tener en cuenta a la hora de fundamentar los motivos que llevaron a establecer la tipificación en un Capítulo diferente de estos delitos es el gran impacto social que suponen estos episodios de agresiones y abusos sexuales a menores.

Dentro del ámbito legal, para encontrar los motivos que propiciaron esta reforma, es conveniente acudir en primer lugar, a la propia exposición de motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio, la cual señala lo siguiente: *«resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de lo injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor»*. A partir de esto podríamos establecer, desde un primer análisis, que el motivo de la nueva regulación es la existencia de un doble bien jurídico protegido: la indemnidad sexual como derecho a no realizar actos sexuales sin consentimiento y el derecho a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad. Sin embargo, la doctrina ha entendido que estos delitos sexuales lesionan la indemnidad sexual del menor, entendida como el derecho a un desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor libre de interferencias nocivas. Por consiguiente, no existe un “segundo” bien jurídico a proteger sino la ya conocida (y protegida) indemnidad sexual⁴.

Esta justificación se queda pues inservible, lo que conlleva la necesidad de seguir buscando las razones de la anterior reforma. Sin ir más lejos de la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, encontramos alusiones a las obligaciones internacionales de España, en concreto en el ámbito de la armonización jurídica europea, mencionándose la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003. Esta directiva establece que los abusos sexuales y la explotación sexual de menores suponen graves violaciones de los derechos fundamentales, obligando a los estados miembros a establecer sanciones

4 Nicolás García Rivas, Manual de Derecho Penal especial volumen II, página 622.

penales en su legislación respecto a esta clase de delitos⁵. La efusiva importancia que la directiva da a estos hechos delictivos explica que el legislador español optara por incluir los mismos en un Capítulo independiente del Título VIII y crease un nuevo tipo delictivo para los casos del denominado “childgrooming” o ciberacoso, que se reguló inicialmente en el artículo 183 bis y actualmente se encuentra en el artículo 183ter

Asimismo, en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se alude a la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la legislación europea. En concreto, se dice que se hace necesario transponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que obliga a los estados miembros a endurecer las penas de estos delitos. Por otra parte se señala que lo más destacado de la reforma es la elevación de la edad de consentimiento sexual, que anteriormente se situaba en los trece años, a los dieciséis. Los trece años, era una edad de consentimiento sexual, que se encontraba muy por debajo de la media europea e incluso mundial. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, que se adecua así a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y mejorando la protección que España ofrece a los menores.

En síntesis, podemos concluir que el elevado impacto social que causan estos delitos y la obligación de armonizar nuestro ordenamiento con la legislación europea, son los motivos esenciales que han dado lugar a las numerosas reformas sobre esta materia y a su rigurosa regulación.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Determinar el bien jurídico protegido en esta serie de delitos no es una cuestión pacífica. El propio Título VIII del CP, en el que se recogen estos tipos delictivos, nos lleva a una primera toma de contacto con dos bienes jurídicos: la libertad y la indemnidad sexual.

En la anterior redacción de estos preceptos, el propio artículo 183 mencionaba

⁵ Exposición de motivos Decisión Marco 2004/68/JAI

literalmente que se castigaba a aquel que atentase contra la indemnidad sexual del menor. En la redacción actual no viene mencionado este bien jurídico, lo que no supone que no siga siendo el bien jurídico protegido.

Es de vital importancia comprender la diferencia entre la libertad y la indemnidad sexual, pues sobre estos bienes jurídicos se sustentan los preceptos legales contenidos en dicho Capítulo del Código Penal.

En primer lugar, definimos la libertad sexual como la capacidad de determinación espontánea en el ámbito de la sexualidad. Esta definición tiene dos vertientes, una positiva, que supone la capacidad del individuo de elegir libremente sobre su ámbito sexual y un aspecto negativo, que englobaría el derecho de toda persona a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento⁶. A partir de esta definición, podemos concluir que un aspecto esencial de la libertad sexual es la capacidad de elegir, es decir, la capacidad de decidir sobre la realización o no de determinados actos de carácter sexual.

Por otro lado, se debe realizar un análisis del término indemnidad sexual. Según la Real Academia Española, la indemnidad es el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio. En consideración con esto, se define la indemnidad sexual, *«como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida»*.⁷

Asimismo, en la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se determinó que la indemnidad sexual comprende, además del derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin consentimiento.

Es, por tanto, la indemnidad sexual el bien jurídico protegido en estos tipos delictivos, pues nos encontramos ante una situación en la que el sujeto objeto de protección es un menor de dieciséis años, que el legislador ha considerado que carece de

⁶ Monge Fernández, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010, página 88.

⁷ Ayala Valentín, Análisis del concepto de indemnidad sexual para el Derecho Penal <http://lexnovae.blogspot.com.es/2011/06/analisis-del-concepto-indemnidad-sexual.html>, página 1.

capacidad de autodeterminación sexual, es decir, carece de capacidad legal para consentir sobre la realización de actos de carácter sexual. Estos menores todavía no han experimentado un pleno desarrollo de su personalidad y tal como se recoge en la definición de indemnidad sexual, tiene que respetarse su derecho al libre desarrollo de su personalidad sexual sin intervenciones. No podemos hablar de atentados contra la libertad sexual, porque estos menores no tienen libertad sexual. Esta libertad sexual es propia de los mayores de dieciséis años, ya que a ellos sí que se les considera con capacidad para decidir si prestan consentimiento o no a la realización de determinados actos de carácter sexual.

El legislador niega la libertad sexual al menor de dieciséis años porque entiende que el menor no ha alcanzado todavía el grado de madurez que le permita elegir y decidir sobre su autodeterminación sexual, por lo que difícilmente va a poder consentir una situación de índole sexual sobre su persona. Así pues, parece deducirse que toda actuación de carácter sexual realizada ante un menor que aparentemente consienta se englobaría en el tipo delictivo de abusos, pues el legislador ha considerado, que ese consentimiento no es válido, debido a que estos sujetos no tienen capacidad para decidir sobre su ámbito sexual. Y así aparece recogido en la Exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que establece que *«la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez»*. El legislador ha optado por establecer una previsión *iuris et de iure* sobre la ausencia del consentimiento de un menor de dieciséis años en cualquier acto de índole sexual, de manera que, aunque hubiese un aparente consentimiento, ese consentimiento será inválido, pues el legislador ha optado por considerar ilícita la realización de cualquier acto de carácter sexual sobre el menor. Únicamente se excluye la posibilidad de que estos actos de carácter sexual sobre menores de dieciséis años no sean castigados si se trata de relaciones consentidas entre menores de edad próxima entre sí (artículo 183 quater⁸). Todos los demás supuestos que no puedan ser amparados por éste artículo 183 quater se considerarán como abusos a menores, tipificados en el artículo 183.

⁸ Artículo 183 quater: « El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». Sobre la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal prevista en este artículo véase *infra* el apartado 5.

4. ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DELICTIVOS QUE SE CONTIENEN EN EL ART. 183

Igual que ocurre en el caso de que la víctima sea mayor de dieciséis años, la diferencia entre los abusos y las agresiones a menores de dieciséis años estriba en la existencia en estas últimas de violencia o intimidación. Es decir, se trata de una agresión sexual cuando el hecho delictivo es ejecutado con violencia o intimidación⁹.

El legislador ha optado por una estructura del precepto 183 CP en el que encontramos dos tipos básicos y dos cualificados.

4.1. Tipo básico de abuso sexual a menores de dieciséis años

El artículo 183CP establece: « *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*»

Atendiendo a la redacción literal del precepto, la conducta típica de este delito vendría configurada por la realización de cualquier acto de carácter sexual sobre un menor de dieciséis años, sin que medie violencia o intimidación ni consentimiento, pues el legislador parte de la presunción *iris et de iure* de ausencia de consentimiento si el sujeto pasivo es un menor de dieciséis años.

En base a la redacción del precepto podemos determinar que nos encontramos ante un delito común, de manera que cualquier persona puede realizar la conducta típica, pues el legislador no establece ninguna limitación en este sentido (utiliza el término “el que” para hacer referencia al sujeto activo).

En lo referente al tipo objetivo de este delito, atendiendo al tenor literal del precepto, estaría formado por todos aquellos actos de naturaleza sexual realizados sobre un menor de dieciséis años. Sin embargo, el legislador no ofrece una lista precisa de qué tipo de actos integran esta conducta típica de abusos sexuales a menores de trece años, limitándose a establecer el término genérico de “el que realizare actos”. Así pues, es

⁹ Artículo 183.2 « Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual [...]».

conveniente realizar una delimitación de esta conducta. En primer lugar, podemos encontrar una delimitación negativa, en el sentido de que se excluyen todas aquellas conductas que supongan el uso de violencia o intimidación, pues en este caso nos encontraríamos ante el supuesto de agresiones sexuales y aquellas conductas que consistan en el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos anteriores vías. Desde una delimitación positiva, se incluirán todos aquellos actos que tengan un carácter sexual. Sin embargo, no se concreta cuando debemos entender que estamos ante un acto de carácter sexual y cuando no, pues cada persona puede tener sus propias concepciones de sexualidad y es aquí donde determinados autores consideran que deberá existir una manifestación del instinto sexual¹⁰ en la realización de la conducta. Algunos autores han entendido que los actos de carácter sexual incluirán todas aquellas acciones idóneas para excitar o satisfacer el apetito venéreo y que por su entidad representen un ataque a la indemnidad sexual del menor¹¹.

Estas conductas de carácter sexual van a requerir un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo para que formen parte de las conductas que en este precepto se castigan. Sobre este tema, antes de la reforma existía un problema de interpretación, pues el legislador no decía claramente si eran o no típicas las conductas que no requieren dicho contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, como, por ejemplo los casos en los que el agresor obliga a la víctima a observar una conducta sexual, como una masturbación que se realiza a sí mismo, a abusar del menor a través de un tercero, u obligar al propio menor a tocarse él mismo. Una parte de la doctrina exigía, para aplicar este tipo delictivo que existiera contacto corporal, mientras que otro sector doctrinal no lo exigía¹², siendo, a mi juicio, más acertada la posición de los autores que no consideraban necesario el contacto corporal. En este sentido, Gómez Tomillo entendía que *«en general, la acción típica se circunscribe sobre todo a los contactos físicos sobre zonas del cuerpo ajeno sexualmente significativas, sin que se pueda afirmar que los tocamientos constituyen una exigencia legal, de forma que cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual ajenas con independencia de si*

10 Monge Fernández, El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29 Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español, página 5.

11 Suárez-Mira Rodríguez, Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, página 608.

12 Monge Fernández, El menor-víctima en el contexto de la Directiva 210/29 Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español, página 6.

*existe o no el contacto físico determina la tipicidad de la conducta»*¹³. A mi juicio el legislador se había encargado de ofrecer una rigurosa protección al menor y, si se hubiesen visto excluidas de los abusos las conductas que no requerían contacto corporal, se habría estado desvirtuando la rigurosa protección que el legislador había pretendido dar al menor. Por otro lado, venimos estableciendo que el bien jurídico protegido en estos delitos, la indemnidad sexual, tiene una doble vertiente: en un primer plano supone el derecho de no verse involucrado en actos de índole sexual sin su consentimiento y, en un segundo lugar, supone el derecho a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor¹⁴ sin interferencias. Pues bien, en mi opinión, este libre desarrollo puede verse frustrado por un gran número de actuaciones de naturaleza sexual y no todas ellas tienen por qué suponer un contacto corporal. Se debe tener en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima, identificando aquellas conductas capaces de causar secuelas psicológicas al menor. Pues bien, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha solventado en cierta medida este problema, en la medida en que el artículo 183 bis se castigan expresamente alguna de estas conductas que no requieren contacto corporal. Así, se castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años la conducta que consiste en hacer presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, y con una pena de prisión de uno a tres años la que consiste en hacer presenciar al menor abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos. Sin embargo, en el ámbito de los abusos sexuales, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las agresiones sexuales, no se castiga expresamente por el legislador los supuestos en los que el sujeto activo consigue que el menor realice actos de carácter sexual sobre sí mismo (inciso segundo del art. 183.2 CP).

Sobre el tipo subjetivo de este delito, hacemos referencia al dolo y a la posible exigencia del ánimo libidinoso como elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo.

El legislador no menciona expresamente la necesidad de exigir como elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo ánimo libidinoso. Una parte de la jurisprudencia (STS de 3 de febrero de 2015) lo ha venido exigiendo considerando que dota de

13 Gómez Tomillo, Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal, página 11.

14 Exposición de Motivos LO 5/2010.

antijuridicidad a la conducta¹⁵, mientras que la mayor parte de la jurisprudencia rechaza la necesidad de éste ánimo sexual para dotar de antijuridicidad a la conducta, basándose en que éste ánimo lascivo no viene exigido en ningún momento en los tipos descritos¹⁶, de tal manera que es suficiente la existencia del dolo como elemento subjetivo. En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2015 y la Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de mayo 2014, la cual señala lo siguiente: *«En el mismo sentido podemos decir aquí que la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. El dolo, en su significación más clásica, significa conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer que el acto realizado atenta contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima porque constituye un acto de inequívoco contenido sexual ejecutado sin su consentimiento, y querer, pese a ello, realizarlo. Cuando, como sucede en este caso, el sujeto realiza voluntariamente su acción, conociendo su trascendencia, porque sabe que está abusando del trastorno mental de una persona que no tiene capacidad para oponerse, y sabe también que su acción constituye una atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la incapaz, por ser un acto de inequívoco contenido sexual realizado sin su consentimiento, está obrando con dolo, sin que el tipo del abuso sexual requiera ningún otro elemento subjetivo añadido a este conocimiento del hecho y voluntariedad de realización del tipo penal, atentando contra el bien jurídico protegido»*¹⁷.

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007 establece lo siguiente: *«Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquél ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente »*¹⁸.

15 La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (ROJ: 269/2015) define el ánimo libidinoso como el propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

16 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 diciembre de 2014 (ROJ: 5631/2014), en relación con Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (ROJ: 411/2014).

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (ROJ: 2092/2014).

18 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007 (ROJ: 4458/2007).

Así pues, para que se den los presupuestos necesarios para condenar por este delito, debe existir dolo por parte del autor del hecho. En este tipo de delitos son frecuentes las alegaciones por parte del agresor de que el mismo desconocía que la víctima era menor de dieciséis años. La edad de la víctima es uno de los presupuestos que configuran este tipo penal, puesto que para que se aplique este precepto es necesario que el sujeto pasivo tenga menos de dieciséis años. El error sobre uno de los elementos que configuran un tipo penal se denomina error de tipo, regulado en el artículo 14 de Código Penal¹⁹. Si este error es invencible se excluye la responsabilidad criminal, ya que tal y como se establece en el artículo 5 del Código Penal, no hay pena sin dolo ni imprudencia, mientras que si es vencible (en el caso que nos ocupa, cuando de alguna manera se hubiera podido conocer la edad de la víctima pero no se hizo), se castiga el hecho como imprudente. Sin embargo, en este tipo delictivo la consecuencia del error vencible es la impunidad, puesto que no existe el correspondiente delito imprudente. Así lo ha señalado la jurisprudencia. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de julio de 2012, en la que se hace referencia a la doctrina del Tribunal Supremo, señala lo siguiente: *«[...] en caso de que el error fuera vencible la infracción en su caso sería castigada como imprudente y en tal caso es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual en los casos en que un delito no se sancione expresamente con la forma imprudente, no cabe punición del error de tipo vencible, pues el art.12 del Código penal excluye la pena en estos casos. Dicho de otro modo, cuando la regulación de los delitos contra la libertad sexual no prevé la forma comisiva culposa como ocurre en este caso (STS del 26-3-1999), sólo cabe un pronunciamiento absolutorio dado que y conforme lo dispuesto en tal sentencia “la concurrencia de un error de tipo vencible excluye la existencia de dolo y, por tanto, conduce a la sanción del hecho con la pena prevista para el delito imprudente. Sin embargo, en los casos en que un delito no se sanciona expresamente en forma imprudente, es decir, se sanciona sólo si se ha cometido con dolo, no cabe la punición del error de tipo vencible, pues la cláusula del artículo 12 excluye cualquier pena en estos casos («numerus clausus»). En otras palabras: cuando un delito sólo se sanciona en forma dolosa, cualquier error de tipo -aun vencible- excluye la pena».*

Que la consecuencia de este error de tipo sea la exclusión de la responsabilidad

19 Art 14.1 CP: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

criminal es el motivo por el cual este error debe ser interpretado de una manera restrictiva, pues si se diera el mismo el agresor no sería castigado. Con la actual elevación de la edad de consentimiento sexual, se crea una mayor posibilidad de que concurra este error, pues obviamente la apariencia física de un menor de trece años no es la misma que la de un menor de dieciséis. Un menor de dieciséis puede parecer mayor de edad e incluso mentir sobre su edad, de tal forma que no sea tan sencillo conocer cuántos años tiene verdaderamente. Sin embargo, que no sea sencillo no quiere decir que sea imposible. Por ejemplo, el posible sujeto activo del delito podría cerciorarse pidiendo el Documento Nacional de Identidad al menor.

En la sentencia anteriormente nombrada el tribunal falló que no le fue posible al acusado conocer la verdadera edad de la víctima. Por su parte, el Tribunal Supremo ha exigido que para que se pueda aplicar este error de tipo, el error debe ser demostrable sin ningún tipo de duda, tal y como aparece reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2001 la cual establece: *«en relación con el error sobre la edad de las víctimas de unos abusos sexuales se mantiene que salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatario [...] El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales [...]». Como señala el Ministerio fiscal, nada le impedía asesorarse sobre su edad, si albergaba alguna duda». No cabe duda que habrá que estar a las circunstancias propias de cada caso, pues a pesar de que este error tenga un trato restringido en estos delitos, sí que es posible que se produzca, como se ha nombrado anteriormente.*

No se debe confundir el error de tipo con el llamado error de prohibición también regulado en el artículo 14 del Código Penal, inciso tercero²⁰, cuya alegación en estos delitos también es muy frecuente. Se trata de un error sobre la antijuridicidad de la conducta. En estos casos el sujeto cree que está obrando lícitamente, es decir, conoce la

²⁰ Artículo 14.3 CP: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

edad de la víctima (sabe que es menor de dieciséis años) y realiza actos de carácter sexual con el menor sin que medie violencia ni intimidación con la creencia de que el ordenamiento jurídico no prohíbe este tipo de actuaciones. Este tipo de error también puede ser vencible o invencible. El error será vencible cuando el sujeto podría haberlo superado, es decir, podría haber conocido que su actuación estaba prohibida, y conforme a esto, para poder reprochar a un sujeto su error es preciso que «tenga dudas, tenues o inespecíficas acerca de si el comportamiento que va a realizar está prohibido o no. Sólo quien duda tiene la capacidad de realizar un comportamiento destinado a salir de su ignorancia y, por tanto, sólo a quien duda puede exigírsele dicho comportamiento y reprocharle el que no lo haya emprendido²¹». Esta misma línea ha seguido la jurisprudencia para determinar si el error es vencible o no, como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de dos mil quince: *«se exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree que obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva [...]. Para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma manera y en otras palabras, que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder»²²*. La consecuencia de la vencibilidad del error es la rebaja de la pena en uno o dos grados, mientras que si el error es invencible, se excluye la responsabilidad penal. Es en este aspecto donde entran en juego multitud de criterios subjetivos a tener en cuenta en función del caso concreto: la edad del sujeto, madurez,

21 Monge Fernández, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, página 139.

22 Sentencia Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de 2015 (ROJ: 1042/2015).

entorno social, accesibilidad a la verdad etc. En este ámbito, y debido a la naturaleza de los delitos enjuiciados, este error como hemos visto, por ejemplo, en las sentencias anteriores se interpreta por la jurisprudencia de manera restrictiva, en el sentido de que el verdadero desconocimiento de la ilicitud de la conducta por parte del autor no le va a servir para eludir la responsabilidad criminal, cuando pudo haber conocido la ilicitud de la conducta y obrar conforme al derecho²³

4.2. Tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años

El tipo básico de agresiones sexuales a menores de trece años aparece recogido en el artículo 183.2 CP primer inciso, el cual literalmente establece: *«Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo».*

Para determinar los elementos del tipo que configuran este artículo, es necesario hacer una separación entre el primer y el segundo inciso del mismo. En lo referente al primer inciso, la conducta típica consistiría en la realización de actos de carácter sexual mediante violencia o intimidación sobre un menor de dieciséis años, excluyendo aquellas conductas que consistan en el acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, puesto que esta conducta se castiga en el artículo 183.3.

La violencia física o también denominada fuerza²⁴, supone que la voluntad del sujeto se manifieste bajo el imperio de una presión física, mientras que la intimidación consiste en inducir miedo a base de amenazas u otro tipo de actos que generen en el

23 La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2012 (ROJ: 266/2012) señala lo siguiente: «Consecuente aun admitiendo la existencia de ese desconocimiento de la ilicitud, en función del resultado a la actividad probatoria personal practicada en el proceso, el error sobre la antijuricidad es vencible o evitable cuando el autor pudo conocer la contrariedad al derecho a de su acción y por lo tanto, obrar de manera distante a cómo lo hizo».

24 Según la Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sección 3ª, de 9 de febrero 2010 (ROJ: 3194/2010), «[...] la violencia como fuerza física, acometiendo coacción o imposición material e implica una agresión más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima».

sujeto pasivo el temor necesario para complacer las exigencias del sujeto activo (por ejemplo la amenaza mediante la exhibición de una navaja²⁵).

Antes de la reforma, la cuestión de si era o no necesario un contacto corporal entre el sujeto activo y el pasivo en las agresiones sexuales suscitaba numerosos problemas. Según la jurisprudencia, era posible que se realizara este tipo delictivo sin necesidad del contacto corporal. Así castigaba, por ejemplo, al sujeto que intimida a un menor de trece años diciéndole que si no se desprende de su ropa y realiza tocamientos a sí mismo en sus partes íntimas matará a su madre, logrando que el niño realice esta conducta²⁶. Tras la reforma, esta conducta es castigada expresamente por el legislador, en el inciso segundo del artículo 183.2. Sin embargo, el legislador no ha hecho referencia expresamente, a diferencia de lo que ocurre en los abusos sexuales, a los supuestos en los que el sujeto activo obliga al sujeto pasivo con violencia o intimidación a observar una escena de carácter sexual, puesto que el art. 183 bis parece referirse únicamente a los supuestos en los que no existe violencia o intimidación.

En relación con el tipo subjetivo se plantea también la duda, al igual que en el ámbito de los abusos sexuales, de si se requiere, además del dolo, la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto adicional, en concreto, el ánimo libidinoso. Al respecto, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que en estos delitos no se hace necesaria la presencia del citado elemento subjetivo de lo injusto, siendo necesaria únicamente la presencia del dolo. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014, que establece lo siguiente: *«La tipicidad del delito de agresión sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo [...], el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del*

25 Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2010 (ROJ: 3194/2010).

26 Gómez Tomillo, Derecho Penal Sexual y reforma legal, página 3 y ss.

tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima»²⁷.

En estos tipos delictivos, la solución a los casos en los que se alega un error de tipo referente a la edad de las víctimas no es la misma que la de los abusos sexuales. En estos supuestos, en los que es necesario el uso de violencia o intimidación para realizar el tipo delictivo se refleja la clara falta de consentimiento por parte de la víctima para realizar el acto de carácter sexual. De esta manera, que el agresor desconociera que la víctima era menor de dieciséis años no supone que el mismo no actuara con el dolo de realizar el comportamiento delictivo del tipo de la agresión sexual del artículo 178 y siguientes, ya que el dolo de atentar contra la libertad sexual de un sujeto existe. Así también lo ha determinado la jurisprudencia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004 establece, en su fundamento tercero, lo siguiente: *«Aunque el autor haya supuesto que las víctimas eran mayores de trece años, lo cierto es que habría obrado de todas maneras con dolo de cometer el tipo alternativo, es decir el que se consuma cuando la víctima simplemente no ha consentido la acción sexual, teniendo ya una edad que otorga relevancia al consentimiento. En consecuencia, su error no hubiera excluido el dolo, sino que, de todos modos, habría obrado con el dolo de la otra alternativa típica, pues sabía que realizaba acciones sexuales sobre víctimas que no habían consentido las mismas. Dicho con otras palabras: el error sobre la edad de la víctima es siempre irrelevante cuando la acción sexual se ejecutó sin consentimiento del sujeto[...]. Por esta razón la relevancia del error sobre la edad, sólo puede ser apreciada cuando la víctima menor de trece años haya expresamente consentido. En los demás casos, será aplicables el principio implícito en el art. 14,1º CP, según el cual, si eliminado el dolo de un tipo, existe otro que permite la punibilidad del hecho, no cabe la absolución»²⁸.*

27 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (ROJ: 2092/2014).

28 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2014 (ROJ 5145/2004).

4.3. Tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años

A partir de estos dos tipos básicos analizados con anterioridad, el legislador establece una serie de tipos agravados comunes a ambos.

En primer lugar, encontramos el artículo 183.3 del Código Penal, el cual establece «*Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2* »

Por introducción de miembros corporales, se entiende las demás partes del cuerpo distintas del pene, como manos, dedos o lengua. De esta manera, se amplía el ámbito de los posibles sujetos que puedan realizar esta conducta, pues si únicamente entenderíamos como posible miembro corporal el pene descartaríamos la posibilidad de que una mujer cometiera este posible hecho delictivo.

En cuanto a la conducta relativa a la introducción de objetos, también puede ser realizada por cualquier sujeto, con independencia del sexo. El legislador no ha delimitado qué debemos entender por objetos. Un sector doctrinal considera que nos deberíamos encontrar ante objetos que tengan una cierta trascendencia sexual²⁹. Sin embargo, en mi opinión, no sería lógico excluir ningún tipo de objeto pues cada individuo posee su propia concepción en el ámbito sexual y, además, como ya venimos repitiendo, no es necesario la existencia de un ánimo libidinoso, sino que basta con la existencia de dolo en la realización de la conducta, lo que nos llevaría a la posibilidad de que se utilizasen objetos de cualquier índole.

En el artículo 183.4 Código Penal³⁰ se tipifica un común a todos los anteriores.

La primera circunstancia agravante de este precepto, establecida en la letra a) del mencionado artículo, es la siguiente: «*Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico*

29 Suárez-Mira Rodríguez, Comentarios a la reforma del Código Penal 2015 2ª edición, página 611.

30 Artículo 183.4 CP: Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias [...].

de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años ». Esta agravante se fundamenta en condiciones personales de la víctima, que determinan que sea mayor el desvalor de la acción³¹.

La agravante relativa al supuesto en que el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima le hubiera colocado en una situación de total indefensión genera una controversia que consiste en determinar si nos encontramos o no ante una violación del principio *non bis idem*, según el cual no es posible castigar dos veces por lo mismo. No debemos olvidar que estamos enjuiciando delitos relativos a menores de dieciséis años, que por su situación se puede considerar que se encuentran en una situación de inferioridad en el ataque, pues no gozan de las aptitudes necesarias para poder comprender o en su caso repeler de cierta forma el ataque al que son sometidos. Hablamos de sujetos especialmente vulnerables y ésta es una de las razones que ha llevado al legislador a regular de forma rigurosa y separada del resto de delitos sexuales los cometidos a estos sujetos. Desde este punto de vista, el establecer una agravante por motivos de indefensión, genera la duda de si estamos castigando lo mismo por partida doble, pues se entiende que un sujeto menor de dieciséis años ya se encuentra por el simple hecho de su edad en una situación de indefensión. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que la menor edad de la víctima en los delitos de abuso sexual no es absolutamente incompatible con la agravación por su mayor vulnerabilidad. La justificación a este criterio la encontramos por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio 2012, en la que el alto tribunal asienta las bases doctrinales sobre esta postura, que aunque se refiere a la anterior regulación, puede aplicarse a la actual. La citada sentencia señala lo siguiente: *«El legislador ha entendido que los actos sexuales realizados con menores de trece años están prohibidos y deben ser sancionados con una pena, sobre la base de la inexistencia de un consentimiento válido por parte de aquellos. Pero nada impide considerar la concurrencia de otras características en los hechos que revelen una situación de la víctima que, siendo menor de trece años, además es especialmente vulnerable. Tal cosa deberá apreciarse en cada caso, y deberá constar en los hechos y luego ser expuesta y razonada debidamente en la fundamentación jurídica»*³².

³¹ Mayo Calderón, Lecciones de Derecho Penal parte especial Universidad de Zaragoza, página 173.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2012 (ROJ: 609/2012).

En este mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 861/2010, de 13 de octubre: « *la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del ne bis in idem*»³³.

Por otra parte, la última reforma ha incorporado la agravante relativa a que el menor sufra un trastorno mental.

La siguiente circunstancia está recogida en la letra b) del mismo artículo: «*cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*». Esta agravante se basa en un mayor desvalor de la acción, por el mayor componente de intimidación y la mayor indefensión en la que colocan a la víctima cuando es atacada por más de un solo individuo³⁴. En opinión de Antonia Monge, basta con que uno de los sujetos realice la conducta típica y el otro realice actos encaminados a consumar el delito (por ejemplo, se puede dar la situación de que un sujeto sujete a la víctima mientras el otro la penetra).

La letra c) del mismo artículo establece la siguiente circunstancia agravante «*cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*». En estos supuestos, habrá que atender al caso concreto, pues no se establece ninguna delimitación sobre qué debemos considerar como degradante o vejatorio. Esta agravante descarta la posibilidad de incluir en la condena un delito contra la integridad moral, pues supondría una violación del principio *ne bis in idem*³⁵.

La circunstancia d) del art. 183.4 CP hace referencia a los supuestos en los que para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de

33 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2010 (ROJ: 861/2010): « [...] debe reducirse la valoración especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluyente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica».

34 Monge Fernández, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010, página 95 y 96.

35 Monge Fernández, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010, página 96.

superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. La redacción de este precepto no nos permite esclarecer qué entendemos por prevalecerse de una relación de superioridad. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado que *«El concepto de prevalimiento para configurar el subtipo agravado del art. 183.4.d) del Código Penal , lo encontramos en el art. 180.4ª del citado Código , habiendo manifestado el TS en sus Sentencias de 14 de septiembre de 2001 y 7 de noviembre de 2005 que el prevalimiento requiere "un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad... consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta. Los requisitos legales son los siguientes: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual»*³⁶.

La penúltima circunstancia agravante aparece recogida en el apartado e): *«Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima»*. Según la doctrina³⁷, nos encontramos ante un delito cualificado de peligro. Por otra parte, esta agravante no se podrá aplicar si la imprudencia es menos grave³⁸.

Y finalmente, en la letra f) aparece la última circunstancia agravante de este artículo 183.4 CP: *«Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades »*. El artículo 570 bis CP define el concepto de organización criminal como 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

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (ROJ: 127/2014).

37 Monge Fernández, El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29 especial referencia a los abusos y agresiones sexuales a menores en el Código Penal español, página 12.

38 Queralt Jiménez, Derecho Penal Español Parte Especial, página 260.

funciones con el fin de cometer delitos y, por su parte el artículo 570 ter CP entiende por grupo criminal, la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. Esta agravante establece la necesidad de que estas organizaciones o grupos se dediquen a la realización de estos tipos delictivos, es decir, si uno de estos delitos se cometiera en el seno de una organización criminal, pero ésta se dedicará a la ejecución de otros tipos delictivos ajenos a los abusos y agresiones sexuales a menores, este delito deberá reconducirse por el tipo básico del correspondiente³⁹.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 183 QUATER CP.

El artículo 183 quater, introducido por la última reforma, establece lo siguiente: *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.* Este precepto es resultado directo de lo establecido en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/93/UE el cual, establece que *“quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si las infracciones relacionadas con los abusos sexuales serán aplicables a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física siempre que los actos no impliquen abusos”*.

Uno de los problemas que va a plantear este artículo es determinar la naturaleza jurídica de esta exclusión de la responsabilidad penal. Dado el poco tiempo que ha transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 1/2015, todavía son pocos los autores que se han pronunciado y todavía no hay jurisprudencia.

Según una parte de la doctrina, se trata de una causa de exclusión de la tipicidad. En este sentido, Quintero Olivares considera que nos encontramos ante una excepción a la presunción de irrelevancia del consentimiento, es decir, en este caso el legislador considera válido el consentimiento del menor. La validez del consentimiento supone que

³⁹ Suárez-Mira Rodríguez, Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015 2ª edición, página 615.

no se configure el elemento objetivo del tipo delictivo y por tanto la conducta sea atípica⁴⁰.

En un sentido similar parece pronunciarse Vázquez Iruzubieta⁴¹, que señala que del contenido del propio artículo se determina que se excluye la responsabilidad penal del sujeto activo siempre que se den dos condiciones: primero, que el menor de dieciséis años realice alguno de los actos que se tipifican en este Capítulo mediando un consentimiento libre por su parte, lo que lleva a entender que el menor deberá ser consciente y tener conciencia de aquello que está realizando. Y en segundo lugar, que el sujeto activo sea una persona de edad cercana a la del menor y con una madurez y desarrollo mental próximos al menor.

Por otra parte, se plantea también la posibilidad de que dicho artículo contenga una causa de justificación, que excluya la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, Quintero Olivares⁴² rechaza dicha posibilidad, argumentando que las causas de justificación en nuestro ordenamiento están tasadas en el artículo 22 CP y ésta no se encuentra entre ellas.

Otro sector de la doctrina⁴³ considera este precepto como una cláusula de exención de la punibilidad, que el legislador se ha visto obligado a introducir por razones de política criminal, tras elevar la edad de consentimiento sexual hasta los dieciséis años. Este sector doctrinal señala que si el legislador parte de la irrelevancia del consentimiento del menor, esta irrelevancia no puede verse condicionada en función del sujeto activo ante el cual nos encontremos. De este modo, este tipo de conductas serán típicas, antijurídicas y culpables, pero no punibles, por aplicación del a excusa absolutoria que se contiene en el art. 183 quater.

Otro aspecto que también va a generar controversia, es determinar cuándo se debe entender que existe una proximidad de edad y madurez entre los sujetos. Los parámetros de edad y madurez son utilizados por el legislador de manera cumulativa, y

40 Quintero Olivares, Comentario a la Reforma Penal de 2015 1ª edición.

41 Vázquez Iruzubieta, Código penal comentado actualizado por las Leyes Orgánicas, 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo, página 346.

42 Quintero Olivares, Comentario a la Reforma Penal de 2015 1ª edición.

43 Ramos Vázquez, Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, página 631 y ss.

no alternativa, es decir, tendrá que darse una similitud de edad y madurez entre el sujeto activo y el pasivo para la aplicación de este precepto. Aunque con la edad sí que sería posible establecer de qué límites estaríamos hablando, la madurez de un sujeto no es un elemento matemático que se pueda fijar previamente. La tarea del juez en este ámbito va a ser trascendental, pues él va a decidir si se dan dichos elementos para aplicar este precepto. Para argumentar este tipo de decisiones va a ser necesario que los sujetos se sometan a unos análisis tanto físicos como psicológicos.

Surge también la duda de si esta exención de la responsabilidad se aplica también o no a los mayores de edad que mantengan relaciones con menores. El legislador no se ha pronunciado al respecto, al no establecerse dicho límite. Así, que el sujeto activo tenga más de dieciocho años no supone la imposibilidad de que se le aplique este precepto, siendo perfectamente posible que exista una proximidad de edad y madurez entre los sujetos, como por ejemplo, entre un menor de quince años y otro de dieciocho. Junto al interrogante de si existe un límite máximo de edad, necesariamente se cuestiona la existencia o no de un límite mínimo de edad. De igual modo el precepto no establece una edad mínima para su aplicación; si se demuestra que el menor tiene verdadera conciencia de aquello que está realizando no debería por qué verse limitada esta excepción⁴⁴.

6. CONCLUSIONES

No cabe duda de que nos encontramos ante unos delitos con gran trascendencia, de ahí que se hayan modificado en multitud de ocasiones. Las razones que han motivado la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, son la finalidad de proteger a los menores lo máximo posible y la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la legislación europea.

El aumento en las penas y la elevación de la edad mínima de consentimiento sexual responden a esta finalidad de otorgar a los menores la mayor protección posible. Desde este punto de vista, comparto la idea de endurecer las penas en esta clase de delitos.

44 Ramos Vázquez, Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, página 634- 635.

El legislador ha intentado con esta última reforma subsanar cualquier vacío legal que se pudiera encontrar en la regulación de estos delitos, pero no lo ha conseguido. Así, la polémica que planteaba la necesidad de exigir o no contacto corporal entre el sujeto activo y el pasivo sigue sin resolverse completamente, puesto que el legislador castiga expresamente algunas conductas que no requieren contacto corporal en el ámbito de los abusos sexuales pero no en el ámbito de las agresiones sexuales y viceversa. Así, en el ámbito de los abusos se ha incluido el art. 183 bis, en que se castiga la conducta que consiste en hacer presenciar al menor las conductas actos de naturaleza sexual. Por otro lado, en el ámbito de las agresiones sexuales (segundo inciso del art. 183.2 CP) se castiga expresamente la conducta que consiste en obligar al menor (con violencia o intimidación) a realizar actos de naturaleza sexual sobre sí mismo.

Por otra parte, la técnica legislativa no es muy adecuada, puesto que en el caso de los abusos sexuales el legislador tipifica estas conductas en otro artículo (art. 183 bis) y en el caso de las agresiones sexuales las tipifica en el mismo art. 183.

Por último, no considero que fuera necesario elevar la edad de consentimiento sexual válido hasta los dieciséis años, debido a que la realidad social pone de manifiesto que existen las relaciones sexuales de menores cuya edad es cercana a los dieciséis años. Prueba de ello es que el legislador se ha visto obligado a introducir el artículo 183 quater.

7. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, Francisco Javier, *Derecho Penal Español Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Ayala Valentín, Wilfredo Iván, “Análisis del concepto de indemnidad sexual para el Derecho Penal”, en <http://lexnovae.blogspot.com.es/2011/06/analisis-del-concepto-indemnidad-sexual.html>.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Mir Puig, Santiago, *Comentarios al Código Penal: Reforma 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Gómez Tomillo, Manuel, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-04, 2010, páginas 4 y ss.

González Cussac, José Luis, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

López Sánchez, Félix, “Agresores y Agredidos. Los abusos sexuales de adolescentes”, en *Revista de Estudios de Juventud*, nº 42, octubre de 1998, página 27 y ss.

Mayo Calderón, Belén, en Vizueta Fernández (coordinador)/ Alastuey Dobón/ Escuchuri Aisa/Mayo Calderón, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 2ª edición, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Depósito Legal Z-131-2013.

Monge Fernández, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Bosch, Barcelona, 2011.

“De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº 15, 2010, páginas 85 y ss.

“*El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29 Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español*”, en <http://www.protectingvictims.eu/?/working-paper/el-menor-vctima-en-el-contexto-de-la-directiva-201229>.

Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Queralt Jiménez, Joan, *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Código penal comentado actualizado por las leyes orgánicas, 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier, Barcelona, 2015.