

# PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES EN EL MARCO DE ALGUNOS SUPUESTOS AGRAVADOS DEL ART. 180 CP\*

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal.  
Universidad de Granada

## 1. Introducción

Como es sabido, el CP de 1995 reguló en el Título VIII de su Libro II los denominados *Delitos contra la libertad sexual* retomando así la misma rúbrica que en su día introdujera la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en el derogado texto punitivo, que ya entonces modificó en profundidad la antigua figura de *violación* y los conocidos hasta esa fecha como *abusos deshonestos*, siendo dicha expresión a la sazón sustituida por la de *agresiones sexuales*. La citada Ley llevó a cabo en este ámbito delictivo una de las más profundas reformas penales de los últimos tiempos al suprimir de forma contundente la anacrónica expresión «*honestidad*», que desde el pasado siglo venía configurando la rúbrica general bajo la que se regulaban estas infracciones al colocar en su lugar la más adecuada de «*libertad sexual*», cumplimentando de ese modo la voluntad del legislador, plasmada en el Preámbulo de dicha Ley. Por ello, siempre me he cuestionado, y sigo aún hoy cuestionándome, hasta qué punto fue necesaria y conveniente la labor legislativa llevada a cabo en 1995, en la medida en que deshizo y anuló los efectos, en general positivos, que aquella otra reforma anterior había traído consigo hace ahora unos

---

\* Este trabajo se corresponde, en esencia, con la ponencia desarrollada en el Curso enmarcado en el *Plan Extraordinario de Formación Continuada de Fiscales*, celebrado en Madrid, los días 15 al 17 de noviembre de 2006, bajo el título Genérico «Delitos contra la libertad sexual y menores», organizado por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

dieciocho años. Personalmente, me parecía más idónea la derogada regulación de ambos grupos de delitos, bastante más *clara y homogénea* que la confusa —y en algunos aspectos disfuncional— normativa que sobre el particular ofreciera el nuevo texto punitivo de 1995, habiéndose manifestado en parecida línea de pensamiento la STS de 20 de marzo de 1998 al calificar de «no muy exitoso» el nuevo contexto jurídico en el que se insertaba, en particular, la agresión sexual del art. 178.

En verdad, fueron mayores los aciertos legales plasmados en el marco de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, así como también en el de los relativos a la prostitución, cuya tradicional regulación en el antiguo Código era de todo punto insostenible, según manifestara en tantas ocasiones la doctrina y, aunque con menor frecuencia, también la jurisprudencia de los Tribunales, pese a que en dicho ámbito se podían todavía constatar algunas deficiencias técnicas y punitivas, que han intentado corregir, no siempre de forma adecuada, las últimas Leyes Orgánicas de modificación del Tít. VIII: la de 30 de abril de 1999, y 25 de noviembre de 2003, respectivamente, a las que asimismo aludiré en el presente trabajo.

Puede decirse que el CP de 1995 incorporó sustanciosas modificaciones en el marco de los antiguos delitos de violación, agresiones sexuales violentas y estupro del derogado texto punitivo, y aunque a simple vista pudiera parecer que la citada reforma tuvo un carácter puramente terminológico, ya que esos vocablos dejaron de ser utilizados entonces por el legislador que los sustituyó por otros de contenido mucho más amplio, cuales fueron los de *agresiones y abusos sexuales* (Capítulos. I y II del Título VIII), lo cierto es que aquella trascendió el mero carácter nominal incidiendo profundamente, no sólo en la estructura de los diferentes tipos integrantes de dichos Capítulos, sino también en el correspondiente sistema de penas. No obstante, se derogó una expresión, tan acuñada en nuestro sistema penal, como era la de *violación*, la cual, de cualquier modo, fue ulteriormente retomada por la LO 11/1999, en mi opinión con acierto, pese a que desde diferente punto de vista la reincorporación de dicho término haya sido calificada de «irrelevante gesto nostálgico» del legislador hacia nuestra tradición jurídica<sup>1</sup>.

Sin duda, el problema de la referida novedad terminológica era de mayor alcance, pues concernía a cuestiones de *fondo*, como ire-

---

<sup>1</sup> De esta opinión, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999», en *Actualidad Pernal*, n.º 35, p. 675.

mos comprobando, aun cuando todos, penalistas y profanos, hayamos seguido utilizando en cada momento —y seguiremos utilizando siempre— el término «*violación*» para aludir a la comisión de determinadas agresiones. Así pues, lo verdaderamente importante a raíz de la reforma de 1995 fue el constatar si las modificaciones operadas por ella contribuyeron a mejorar la política penal existente hasta entonces en materia de delitos sexuales, o si, por el contrario, sirvieron para sembrar la duda y la confusión interpretativa respecto de las diversas figuras que integran este ámbito delictivo. Personalmente, y salvo concretas excepciones, me decanto por esta segunda alternativa, como trataré de poner de manifiesto a lo largo de las siguientes páginas, en particular en lo que a la protección de menores se refiere.

## 2. Tipo básico y agravado de agresiones sexuales

### 2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido, tanto en el tipo básico como en el agravado de agresiones sexuales (arts. 178 y 179), es decir, de las que se perpetran mediante la utilización de *violencia o intimidación*, es, sin ningún género de dudas, la *libertad sexual* de la víctima, al igual que ocurre en ciertos supuestos de abusos sexuales del Capítulo II del Título VIII (v. gr., abusos cometidos con *consentimiento viciado* de la misma a través de *prevalimiento o engaño*); interés tutelado que ya había sido tajantemente proclamado como tal en el Preámbulo de la LO de 21 de junio de 1989, y sólo seis años más tarde, reiterado en la Exposición de Motivos de la LO de 23 de noviembre de 1995, creadora del nuevo texto punitivo español, al señalar que aquél «no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos», pues bajo dicha tutela «se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente».

En esta línea debe partirse del concepto convencional que en torno a ese bien jurídico han venido manteniendo a lo largo del tiempo la doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales, tanto antes como después de operarse la reforma de 1989, es decir, la libertad sexual concebida en su doble vertiente. En primer lugar, *positiva o dinámica*, coincidente con la facultad del sujeto de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos, ya en lo referente a la relación en sí misma considerada, ya en lo concerniente a la elección de su concreto destinatario. Desde la segunda vertiente, *estática o pasiva*, lo

que se trata primordialmente de proteger no es sino el «aspecto defensivo» de la libertad sexual o, lo que es igual, el derecho a no soportar de otro la coacción física o moral dirigida a la ejecución de actos de esta índole, desencadenando en la víctima la facultad de repeler su realización o tolerancia. Finalmente, la denominada concepción *mixta o intermedia* entre las dos anteriormente citadas permite incluir en el término «libertad sexual» tanto el sentido *dinámico —positivo—* como el *estático pasivo* del mismo. De conformidad, pues, con este tercer planteamiento, dicha facultad personal se materializa en el derecho a la libre disposición carnal, entendida como capacidad de hacer o no uso del propio cuerpo a efectos sexuales, así como de ejercer los medios de defensa o protección personal pertinentes frente a actuaciones ajenas de esa naturaleza<sup>2</sup>. No obstante, pese a concebir dicho bien jurídico en unos términos tan amplios como los arriba expuestos, cierta corriente doctrinal, a la que personalmente me adhiero, considera incorrecto predicar la libertad sexual como interés tutelado en los abusos sexuales perpetrados sobre *menores de trece años o sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse*, ya que en tales hipótesis las respectivas víctimas, dada la especial situación en que se encuentran, no pueden ejercer válida ni eficazmente dicha libertad frente al Ordenamiento jurídico, motivo por el que ya con anterioridad a la reforma de 1995 resultaba más adecuado a sus particulares características utilizar expresiones equivalentes en contenido y significado a las de *intangibilidad o indemnidad sexual* al aludir al bien jurídico protegido en ellas; expresiones ambas reconducidas desde una posición doctrinal minoritaria<sup>3</sup> a un concepto más generalizado, cual es el relativo al *interés del Estado* por preservar a tales personas de injerencias intolerables en su *intimidad o integridad moral* y, dentro de ella, *en su intimidad corporal* en particular.

Como ya ha quedado expuesto, la reforma penal de 30 de abril de 1999 ratificó esta opinión al añadir la segunda de tales expresiones a la rúbrica del Título VIII, Libro II CP, que por ese motivo reza hoy definitivamente así: «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». No obstante la dualidad terminológica que incluye la citada rúbrica legal, cierto sector de la doctrina prefiere seguir aunando ambos conceptos en uno solo: el de libertad sexual, por entender

<sup>2</sup> Ampliamente, CARMONA SALGADO, C., «Comentario al artículo 178 del Código Penal», T.VI, direc. Cobo del Rosal, Editorial Edersa, Madrid, 1999/2000, pp. 441 y s.

<sup>3</sup> De esta opinión, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Jornadas del Instituto Vasco de la Mujer sobre «Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género»*, Vitoria, 1998, pp. 74 y s.

que ésta también es predicable respecto de niños, incapaces mentales y personas privadas de sentido<sup>4</sup>. A mi juicio, esta es una opinión errónea, puesto que mal puede predicarse la capacidad de ejercitar validamente ante el ordenamiento jurídico esta clase de libertad respecto de menores de cierta edad, quienes gozan potencialmente de ella y podrán llegar a desarrollarla y ejercerla de manera eficaz con el transcurso del tiempo, mas no mientras carezcan de la suficiente madurez como para conocer y discernir con claridad en el plano sexual, habiendo cifrado el legislador ese tope de edad en los delitos de abusos sexuales en los 13 años, por debajo del cual el propio CP presume, con presunción *iuris et de iure*, que el consentimiento que presten a la realización del acto sexual de que se trate es irrelevante a todos los efectos<sup>5</sup>.

Pues bien, las figuras delictivas contenidas en el Capítulo I, Título VIII del CP recibieron en 1995 la denominación global de *agresiones sexuales* como respuesta a la clasificación tradicionalmente sustentada por la doctrina científica en relación al antiguo delito de violación, que desde antaño venía distinguiendo la denominada *violación propia* de la *impropia*, coincidente la primera con los supuestos de comisión del derogado art. 429, 1.º, *fuerza o intimidación*, a su vez extensibles a la correlativa infracción de *agresiones sexuales violentas*, a la sazón regulada en el art. 430 del derogado CP. En consecuencia, bajo ese epígrafe se tipifican diversos actos de naturaleza lúbrica, ejecutados por el sujeto activo empleando a tales efectos, *exclusivamente*, los citados medios comisivos. Ninguna novedad aportó, pues, la reforma penal de 1995 respecto del anterior texto punitivo en cuanto a la determinación del alcance y contenido de dichos mecanismos violentos, por lo que, en principio, puede decirse que es válida y aplicable a este contexto delictivo la interpretación doctrinal y jurisprudencial habitualmente sustentada acerca de ambos conceptos legales, sobre la que, no obstante, volveremos en breve.

Queda fuera de toda duda que el legislador configuró entonces el presente Capítulo sobre la base de esos dos elementos, que no sólo sirven para darle nombre propio al mismo (*agresiones*), sino tam-

---

<sup>4</sup> Se ubican en esta línea de pensamiento, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 232 y ss; y ORTS, E./SUÁREZ-MIRA, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 19, n.º 15.

<sup>5</sup> Así, CARMONA SALGADO, C., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, coord. Cobo del Rosal, 2.ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 274 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», en *CPC*, n.º 59, 1996, pp. 324 y ss; y, más recientemente, MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 37 y ss.

bién la correspondiente entidad penal a las distintas infracciones que lo integran, pues, no en vano, éstas fueron concebidas por él como las más graves de todo el Título VIII, a tenor de la severidad que se aprecia en las respectivas sanciones con que aparecen conminadas frente a otras infracciones, a mi juicio, no menos graves, como, por ejemplo, son determinadas figuras de *abusos sexuales*, cual es el caso de los que se cometen con menores de 13 años, injustificadamente discriminados a efectos punitivos por dicha causa; cuestión ésta que ya he censurado en repetidas ocasiones y que, como comprobaremos ulteriormente, ha originado en este contexto delictivo una reforma detrás de otra con la finalidad de intentar paliar la citada discriminación<sup>6</sup>. Así pues, la técnica legislativa utilizada por el CP de 1995 para regular las infracciones del Capítulo I parte de la creación de un *tipo básico*, el del art. 178 (agresiones genéricas), sobre el que se configura otro *agravado*, el del art. 179 (agresiones cualificadas), más cinco *subtipos hiperagravados* en función de otras tantas circunstancias específicas, los del art. 180, pudiendo incrementarse aún más la correspondiente sanción si concurren varias de ellas conjuntamente.

## 2.2. *Medios comisivos: violencia o intimidación*

Como he tenido ya ocasión de indicar, una primera aproximación a la determinación del contenido y alcance de estos medios comisivos permite, al menos en principio, abordar su respectivo estudio a partir de la densa labor interpretativa doctrinal y jurisprudencial llevada a cabo en relación a ellos a lo largo de muchos años, más en concreto al pronunciarse sobre los antiguos delitos de violación y agresiones sexuales violentas, a los que desde antaño ambos resultaban inherentes. La nueva regulación que introdujo al respecto el CP de 1995 exigía la concurrencia de alguno de ellos, es decir, de violencia o intimidación, y no sólo en la descripción del tipo básico del art. 178 sino, como era lógico, también en la modalidad cualificada del art. 179.

No obstante, la STS de 24 de mayo de 2001 hizo expresa referencia a los mismos en el ámbito del art. 178 al manifestar que «la violencia, *vis physiquica*, y la intimidación, *vis psicológica*, suponen la realización de actos de contenido físico o psicológico destinados a vencer una voluntad contraria, en este caso, para satisfacer un ánimo

---

<sup>6</sup> Vid. al respecto, CARMONA SALGADO, C., *Addenda al Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, dirigido por Cobo del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 45

lascivo. La violencia o intimidación tienen que estar conectadas en una relación de medio a fin con el acto de contenido sexual». En esta misma línea, aunque sobre la primera modalidad comisiva en particular se pronunciaron, entre otras, las SSTS de 2 de octubre de 2001 y 12 de abril de 2002, respectivamente, y en cuanto a la fuerza psíquica, las de 22 de mayo de 2001 y 25 de octubre de 2002. Concretamente, la STS de 4 de septiembre de 2000 apreció la existencia de violencia en el hecho de «sujetar por el cuello y hombro» a una niña de 7 años para darle «un beso lingual», mientras otra más reciente, de 11 de octubre de 2003, hizo lo propio respecto del hecho de «sujetar fuertemente a la víctima por las manos».

Según el art. 179 CP, los medios comisivos de los que debe valerse el sujeto activo para perpetrar esta infracción han de ser idénticos a los que configuran el tipo básico; a saber, violencia —fuerza física— o intimidación —fuerza psíquica ó moral—. Por ello, puede en principio hacerse también extensiva a esta concreta infracción la abundante doctrina científica y jurisprudencial elaborada desde antaño sobre los mismos en relación al antiguo delito de violación del art. 429 del derogado CP. No obstante esta vasta labor interpretativa y, en especial, la efectuada en los últimos años por el TS, con más o menos acierto, según los casos, la doctrina de su Sala Segunda ha variado sustancialmente los criterios de interpretación seguidos en cuanto a la determinación del contenido y alcance de dichos medios comisivos, sobre todo, en relación a la clase de resistencia u oposición que, en su opinión, debe ofrecer la víctima frente a su agresor. Veamos a continuación en qué términos se expresa la jurisprudencia más reciente sobre tales extremos.

En cuanto a la *violencia o fuerza física*, Sentencias como la de de 28 de abril de 1998, o la más reciente, de 11 de octubre de 2003, han declarado que ésta no ha de ser en absoluto «irresistible», dependiendo su intensidad de muchos factores, como la personalidad de cada hombre o mujer ultrajados y afectados en su capacidad de resistencia, ya que «antes o después llega el abatimiento, el sobrecogimiento, el dolor, el final de la oposición». Es por ello que no puede adoptarse una definición o concepto único y generalizado de *fuerza*, término éste cuyo contenido debe determinarse en cada caso concreto, pues, como ya señalara otra STS, de fecha 18 de octubre de 1993, ese concepto legal se puede normalmente equiparar a situaciones de «acometimiento, coacción o imposición material» que acaban finalmente por implicar «una agresión real, más o menos violenta, por medio de golpes, porrazos, empujones, etc...»; es decir, según tercia la STS de 4 de septiembre de 2000, «actos de fuerza suficiente para doblegar la voluntad de la víctima».

Determinadas resoluciones parecen, en cambio, exigir menor contundencia a dicho medio comisivo para su estimación. En esta línea de pensamiento, la STS de 28 de febrero de 1997 declaró que «la ausencia de señales en el cuerpo de la ofendida, o de otros signos externos, no empece para la existencia del delito», que fue apreciado por la resolución de 11 de octubre de 2003 en el caso de autos, en el que el agresor se limitó a «sujetar violentamente a su víctima por sus manos», cuando lo habitual venía siendo que la jurisprudencia de la Sala Segunda requiriera a tales efectos la constancia en ella de, al menos, algún resultado material agresivo, por nimio que fuera, tal y como declarara la STS de 19 de abril de 1997 al describir los hechos delictivos: «el procesado la arrastró por la fuerza hasta el dormitorio lanzándola sobre la cama, rasgándole la falda y bajándole las medias y las bragas hasta las rodillas».

De otra parte, la *intimidación o fuerza moral* ha sido tradicionalmente definida por dicha Sala como el «fenómeno psicológico consistente en atemorizar a alguien con la producción de un mal», motivo por el que «tiene que ser de una cierta entidad y con un componente tal que llegue a inmovilizar o aterrorizar al sujeto pasivo, que se ve incapacitado para ofrecer cualquier género de resistencia u oposición a los designios del agente activo de los actos intimidativos». En base a estas consideraciones previas, la STS de 8 de marzo de 1997 concluyó que la «situación de superioridad, derivada de la diferencia de edad y de la relación existente entre entrenador-jugador» no era suficiente para elevar los hechos cometidos a la modalidad agravada de agresión sexual, resultando, a su juicio, éstos mejor ubicados en el delito de abuso sexual cometido mediante prevalimiento o engaño» (arts. 181 y 183 CP).

En esta misma línea interpretativa, otra STS, de 25 de marzo de 1997, señaló los tres requisitos que debe reunir dicho medio comisivo: a saber, «seriedad, inmediatez y gravedad», siendo improcedente, por respeto a los principios fundamentales de un Derecho Penal democrático, «forzar una interpretación extensiva del concepto de intimidación», lo que determina la imposibilidad de calificar de «inminente» «la amenaza de un mal futuro, alejado en el tiempo, frente al que caben otras formas de reacción distintas a la de plegarse forzosamente a las exigencias del actor». La citada resolución negó la concurrencia del señalado requisito relativo a la «seriedad» en un supuesto en el que la víctima padecía un retraso mental leve o ligero, el cual, a su entender, le permitía comprender y decidir sobre las relaciones íntimas. Otro tanto de lo mismo decretó en un caso similar la STS de 23 de mayo de 2002.



A estos efectos, y siguiendo las premisas establecidas por la ya citada STS de 28 de febrero de 1997, que, a su vez, se hizo eco de otras tantas resoluciones anteriores pronunciadas en el mismo sentido, resultaría válida «cualquier forma de coacción, amenaza o uso de *vis compulsiva o vis psíquica*, que sirva para compeler al sujeto pasivo y ceder ante los propósitos lascivos del agente frente al anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la misma, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva», cual fuera el supuesto descrito en la STS de 11 de diciembre de 2002, en el que el procesado amenazó a su víctima con un mal de entidad suficiente como para doblegar su voluntad, atemorizándola al encerrarla en su vivienda y obligarla en contra de sus deseos a mantener relaciones sexuales con él.

Menos exigente parece mostrarse, en cambio, la STS de 28 de abril de 1998, que tan sólo requiere que la *vis moralis* sea «eficaz», sin necesidad de referirse a «males supremos irreparables», bastando con que sirva para «paralizar o inhibir cualquier atisbo de resistencia», como sucediera cuando el procesado amenazó a la víctima con un arma, aunque el tipo requiera su voluntad contraria, ya que cuando la acción medial es intimidatoria desaparece la oposición de aquélla, «que accede al requerimiento del actor, presa del temor que le causa la amenaza».

En relación a la otra vertiente que configura el requisito legal de violencia o fuerza física, es decir, la *resistencia u oposición* de la víctima frente a la agresión sufrida, la doctrina jurisprudencial más reciente se muestra, a mi juicio con acierto, bastante *menos rigurosa y exigente* que lo fuera antaño la doctrina más tradicional de la Sala Segunda del TS, al menos en lo concerniente a la trascendencia que debe acompañarla, abandonándose la antigua opinión que solía requerir de forma contundente su *expresa relevancia, hasta el extremo de constituir un acto «casi heroico»* por parte de la víctima, para pasar ulteriormente a conformarse con que la *resistencia* sea *seria, suficiente o razonable*, y llegar incluso a prescindir por completo de una actitud defensiva de la víctima, que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar su propia vida. En definitiva, basta con que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque obra conociendo su oposición<sup>7</sup>.

Pues bien, esta mayor flexibilidad interpretativa por parte del TS, cronológicamente coincidente con fechas más recientes, a la

---

<sup>7</sup> En esta línea de pensamiento, vid. las SSTS de 28 de febrero de 1997, 28 de abril de 1998 y 10 de julio de 2000.

hora de determinar el contenido y alcance de ambos medios comisivos, se pone más claramente de manifiesto en los casos en que el sujeto pasivo de la agresión, básica o cualificada, sea un menor respecto del que, en principio, resultaría factible aplicar alguno de los supuestos agravados del art. 180.1. Me refiero, en particular, al hecho de encontrarse la víctima en situación de *especial vulnerabilidad por razón de su edad*, que, como es sabido, la circunstancia 3.<sup>a</sup> de dicho precepto presume con presunción *iuris et de iure* siempre que ésta tenga *menos de 13 años* cumplidos, así como a los casos en los que pudiera eventualmente aplicarse la circunstancia 4.<sup>a</sup> del mismo, relativa al *prevalimiento* por parte del sujeto activo para ejecutar el hecho de una *relación de superioridad o parentesco*. El problema esencial que plantea en la práctica la aplicación alternativa de alguna de ambas circunstancias agravantes, ya sea en relación al tipo básico de agresiones sexuales, ya en relación al agravado, es la eventual vulneración del principio *non bis in idem* que supondría la estimación de alguna de ellas cuando, en el caso concreto, ya hubiera sido tenida en cuenta para calificar la correspondiente infracción cometida en base, sobre todo, a la *intimidación* ejercida, pues resultaría incompatible con dicho medio comisivo su respectiva apreciación, ya que el principio de inherencia de las circunstancias impide valorar doblemente en un mismo supuesto idéntica circunstancia, tanto a efectos de agravar como de atenuar la pena. Al abordar el estudio de los subtipos agravados que integran art. 180 y, en particular, de las causas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> ya mencionadas, dada su estrecha vinculación con las infracciones que tratamos cuando el sujeto pasivo de las mismas sea un menor de determinada edad, desarrollaremos con detalle las diversas y, a veces, encontradas opiniones, sustentadas por la más reciente doctrina jurisprudencial pronunciada sobre la materia, encaminadas a resolver este conflicto de circunstancias con el que tan frecuentemente se encuentran los tribunales de justicia en la práctica cotidiana.

### 2.3. *Conducta típica*

El legislador de 1995, al enunciar en el art. 178 la conducta típica de esta modalidad básica de agresiones sexuales se expresó en términos tan amplios que su contenido concreto hubo ya entonces que deducirlo por exclusión, es decir, a partir de la previa descripción legal de la modalidad cualificada del art. 179, cuya redacción fue, en cambio, bastante más contundente a tales efectos: en este supuesto delictivo la agresión sexual debía consistir en alguno de los siguientes comportamientos: *acceso carnal, introducción de objetos o penetración*

*bucal o anal*; redacción ésta, modificada *a posteriori* por la LO 11/1999, de 30 de abril, que cambió la fórmula del precepto sustituyéndolo por otra más adecuada, dirigida a aunar comportamientos: *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías*; fórmula incrementada en cuanto a contenido de esa conducta por obra de la reforma de 25 de noviembre de 2003 (LO 15/2003).

Consecuentemente, puede entenderse que cuando el artículo anterior, haciendo alarde de la mayor de las ambigüedades legislativas posibles, alude expresamente al que *atentare contra la libertad sexual* de otra persona, sin añadir ningún otro matiz descriptivo que acompañe al mencionado atentado, salvo la concurrencia, lógicamente, de violencia o intimidación en su ejecución, permite al intérprete la posibilidad de incluir en él *cualquier acto de naturaleza sexual*, siendo indiferente su contenido y gravedad, distinto de los anteriormente mencionados. Es decir, la indeterminación legal del citado precepto hace factible una exégesis del mismo que vendría a solventar en sentido negativo aquella cuestión, tan debatida doctrinal y jurisprudencialmente bajo la vigencia del derogado CP, relativa a si los diversos comportamientos integrantes del antiguo delito de agresiones sexuales debían o no traducirse, *necesariamente*, en un contacto corporal directo entre los sujetos activo y pasivo del mismo. De aceptarse como válida esta interpretación, dicha solución negativa resultaría contraria a la que venía siendo desde antaño continuada doctrina del TS, plasmada en la rotunda exigencia de ese contacto corporal entre ambas partes para estimar perpetrado el presente delito, como ya pusieron de manifiesto en su momento, entre otras muchas, las SSTS de 7 de febrero de 1976 y 28 de febrero de 1978.

No obstante esta mayoritaria exégesis jurisprudencial, algunas resoluciones, aún de forma excepcional y utilizando expresiones ambiguas y poco orientativas, rechazaron el mencionado requisito como necesaria y única modalidad factible de comisión de la conducta típica, habiendo así manifestado en dicha línea la STS de 16 de abril de 1974 que ésta podía integrarse por «cualquier otra exteriorización libidinososa», aunque sin especificar su contenido<sup>8</sup>. En consecuencia, comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y a llevar a cabo actos de exhibición obscena o de manipulación sexual sobre su propio cuerpo —v. gr., una masturbación—, siempre ante la presencia del sujeto activo, o forzarla a ejecutar actividades de dicha índole en la

<sup>8</sup> En la misma línea, las SSTS de 11 de septiembre de 1973 y 28 de febrero de 1978.

persona de un tercero, o a tolerarlas en la suya propia por parte de éste, encaminados a procurar la satisfacción sexual del primero, pueden hoy integrar la conducta típica de la figura de agresiones sexuales genéricas del art. 178, viniendo de esa forma a soslayarse la crítica que cierto sector de la doctrina formulara en otros tiempos a los escasos autores que ya entonces defendíamos una interpretación idéntica del correlativo precepto del derogado CP, es decir, del art. 430, regulador del antiguo delito de *abusos deshonestos*, dada su inherente extensión y ambigüedad<sup>9</sup>; crítica por entonces basada en la vulneración que la exégesis contraria ocasionaba al principio de legalidad.

En otro orden de ideas, pueden igualmente considerarse típicos del art. 178 comportamientos tales como las prácticas de *zoofilia* que se obligan a realizar a la víctima, pues parece evidente que la enorme amplitud de la nueva fórmula así lo permite, en tanto su ubicación en el tipo cualificado de agresiones del art. 179 resulta bastante forzada. En cambio, la realización de actos lúbricos sobre cadáveres (*necrofilia*), pese a constituir un claro comportamiento de desviación sexual, debe, a mi juicio, calificarse como conducta atípica en relación al citado precepto, ya que al recaer sobre alguien ya fallecido determina la ausencia de sujeto pasivo y de bien jurídico alguno que tutelar, pues la libertad sexual, lógicamente, se extingue al tiempo que la vida de éste.

Quedan igualmente excluidos del ámbito de aplicación de tal precepto los actos impositivos encaminados a lograr la *mera contemplación* por parte de la víctima de actividades lúbricas realizadas por uno o varios terceros, al igual que los relativos a la difusión de material pornográfico, ambos eventualmente constitutivos de un delito de coacciones, siempre que siendo aquélla mayor de edad y mentalmente capaz se la obligara a ello con violencia, resultando, en cambio, más procedente aplicar los tipos de los arts. 185 y 186 CP sobre exhibicionismo y provocación sexual si no concurrían dichos requisitos en su persona, pese a no haber sido utilizados medios violentos en la ejecución.

Deben también eliminarse del tipo que analizamos los actos de *voyerismo*, como es el caso, por ejemplo, de la simple observación del

---

<sup>9</sup> Hace ya mucho tiempo defendí esta teoría en la que fuera mi Tesis Doctoral. Vid. al respecto, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos en el Código Penal español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, en particular, pp. 70 y ss. En la actualidad, gran parte de la doctrina científica comparte dicha opinión. Por todos, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Razones y sinrazones para una reforma anunciada», en *La Ley*, n.º 43201997, p. 2, quien, en cambio, niega esta posibilidad en los abusos sexuales del art. 181.1, ya que, a su juicio, las expresiones «atentar contra la libertad sexual» (art. 178) y «realizar actos» que atenten contra la misma (art. 181.1) no son equivalentes.

desnudo de otra persona en la privacidad de su hogar; comportamiento éste que en modo alguno puede lesionar su libertad sexual, si bien podría atentar contra la intimidad de la misma integrando entonces una infracción de esa naturaleza. Otro tanto cabe afirmar respecto de las prácticas *fetichistas* o *sadomasoquistas*, que tampoco reúnen las condiciones necesarias a tales efectos, por lo que deben quedar impunes, ya que ninguna de las dos es idónea *per se* para vulnerar dicho bien jurídico.

Una última cuestión a considerar dentro de este epígrafe es la relativa a la *gravedad* que debe acompañar a los diversos actos sexuales que integren la conducta típica. En relación a tal extremo ha de recordarse la exhaustividad con la que siempre acostumbraba a describirlos la jurisprudencia del TS en fechas anteriores, habiendo así reconocido que si bien la dinámica comisiva de este delito es «variadísima» debía tratarse, no obstante, de hechos que socialmente merecieran la calificación de «gravemente obscenos e impúdicos»<sup>10</sup>, lo que significaba que los términos «abuso deshonesto» (primero) y «agresión sexual» (después) estuvieron en otra época, y siguen en la actualidad, como seguirán estándolo en el futuro, impregnados de una buena dosis de relativismo en lo concerniente a la determinación de su entidad desde el punto de vista sexual y consecuente inclusión en el delito que nos ocupa, con el correspondiente riesgo que ello conlleva para la seguridad jurídica; entidad cuyo concepto ha ido lógicamente variando con el transcurso del tiempo, de acuerdo con las modificaciones que se han ido operando en los criterios valorativos vigentes en la sociedad según el momento. De ello se infiere que algunos actos que en otra época hubieran podido incluirse en esta figura delictiva deben quedar hoy radicalmente excluidos de la misma, cual es el caso de los besos, abrazos y caricias, más o menos triviales, a no ser que se acompañen de ulteriores comportamientos de mayor trascendencia lúbrica<sup>11</sup>, lo que con anterioridad a que se produjera la reforma de 1989 en este contexto delictivo determinó a la Sala Segunda del TS a calificar estos hechos, dada su nimiedad, bien como una mera falta de coacción o vejación injusta, bien como una falta contra el orden público, existente en el CP hasta esa fecha. No obstante, si se trata de determinados besos en la boca, impuestos con fuerza o intimidación, algunas resoluciones lo han calificado como hecho subsumible en el art. 178<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Así, entre otras, las SSTS de 7 de marzo de 1987, 23 de diciembre de 1991, y 8 de febrero de 1997.

<sup>11</sup> En esta línea, y solo a título de ejemplo, las SSTS de 25 de septiembre de 1975 y 25 de mayo de 1977.

<sup>12</sup> Tal fue el caso de las SSTS de 26 de marzo de 1993 y 14 de mayo de 1997.

Como consecuencia de todo lo expuesto, y sin olvidar que, por exclusión, nunca pueden integrar la conducta del tipo básico de agresiones sexuales ni el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) ni la introducción de objetos o miembros corporales a través de las dos primeras vías referidas, ya que se trata de actividades propias y exclusivas del tipo cualificado del art. 179, concluimos que bajo la normativa vigente cualesquiera otros actos de naturaleza sexual y especial gravedad, acompañados de violencia o intimidación, resultarán idóneos para configurarla; actos tales como la masturbación, en sus diversas modalidades de ejecución, excluida la *fellatio*, que desde 1989 fue equiparada como tercera forma de acceso carnal a la penetración vaginal y anal, así como todo tipo de manipulaciones o tocamientos activos y pasivos —incluida la presencia de terceros—, normalmente efectuados en los genitales u otras zonas erógenas del cuerpo<sup>13</sup>, como senos o nalgas, aunque no faltan resoluciones jurisprudenciales, desde luego de épocas más antiguas, que admitían como válida cualquier parte del mismo que pudiera verse afectada a tales efectos, incluso aunque el hecho se efectuara «sobre las ropas de la víctima», como expresamente manifestara la STS de 22 de abril de 1967.

Por su parte, y mediante una redacción francamente confusa, el CP de 1995 describió la conducta típica del art. 179 distinguiendo entre tres bloques de actividades: el *acceso carnal*, la *introducción de objetos* y la *penetración anal o bucal*, intercalando, sin causa justificada, pues, en buena lógica, debió colocarse al final, la segunda de ellas entre las otras dos, que se correspondían con la actividad global de *acceso carnal*, perpetrado por vía vaginal, anal o bucal.

Sin embargo, y a riesgo de resultar extremadamente exhaustivo en la enumeración de las diversas formas de conducta integrantes de esta figura cualificada, el nuevo CP, en cambio, excluyó de su contexto ciertas prácticas homosexuales femeninas o, incluso, heterosexuales, que al no poder configurar, por razones obvias, ni la modalidad de *acceso carnal* ni la de *penetración oral o anal*, tendrían necesariamente que ubicarse en la figura menos grave de agresiones sexuales genéricas del art. 178, lo que determinó a algún autor a pensar que el legislador de 1995 había tratado desigualmente comportamientos que podrían tener para la víctima la misma entidad que alguno de los anteriormente señalados, lo que, sin duda, venía a contradecirse con el afán primordial que lo inspiró al redactar los preceptos contenidos en este ámbito delictivo: proteger a ultranza la libertad sexual de todas las personas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Por todas, vid. las SSTS de 6 de febrero de 1990 y 18 de abril de 2001.

<sup>14</sup> Críticamente en este sentido, ORTS BERENGUER, quien mancipaba expresamente el *cunnilingus* como práctica sexual femenina similar a la *fellatio* masculina. Vid. del mismo: BOIX, J./ORTS, E., «Consideraciones sobre la reforma» cit. p.670.

La tercera y última modalidad de conducta prevista por el art. 179 en la versión que le confiriera el CP de 1995 consistía en la *introducción de objetos*; actividad ésta que lógicamente puede llevar a cabo cualquier persona respecto de otra, con independencia de su sexo, lo que determina en relación a ella la validez a efectos penales tanto de las relaciones homosexuales como de las heterosexuales.

Por *objeto* debe entenderse todo elemento material que el sujeto activo identifique o considere *sustitutivo* del órgano genital masculino cuando lo utilice para satisfacer sus deseos sexuales, con independencia, en principio, de la contundencia del mismo. Es decir, si, además, el objeto fuera contundente y al ser empleado produjere también resultados lesivos en la integridad física de la víctima, podría surgir un concurso ideal de delitos entre las agresiones sexuales cualificadas del art. 179 y el correspondiente tipo de lesiones.

Discutible a tales efectos resultó en su momento la cuestión de si los *dedos* y la *lengua* constituían o no «objeto» en cuanto a la posibilidad de integrar la modalidad comisiva relativa a su *introducción*. Para cierto sector doctrinal<sup>15</sup>, que partía de un concepto amplio del mismo, no parecía existir obstáculo alguno para resolverla en sentido afirmativo, sin que ello supusiera, a su juicio, hacer ninguna clase de analogía *in malam partem*. Esta opción interpretativa suponía vaciar parcialmente de contenido la conducta típica del delito de agresiones sexuales genéricas del art. 178, precepto en el que cabría normalmente comprender la actividad de introducir la lengua o uno o varios dedos en la vagina o en el ano de la víctima.

No obstante esa opinión doctrinal, la STS de 14 de febrero de 1994, acogiendo al criterio seguido en su día por la *Circular* núm. 2/1990 de la FGE mantuvo una exégesis contraria, ya bajo la normativa anterior a 1995, rechazando como factible la inclusión de tales *miembros* en la expresión legal *objeto*, quizás en el entendimiento de que ésta se refería más bien a *elementos contundentes* que pudieran causar un especial dolor físico o, incluso, un grave traumatismo local a la víctima, en la misma línea perfilada por la reforma de 1989 (art. 430 del CP derogado: «uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios»). Idéntico planteamiento sostuvo posteriormente la FGE en su *Informe al Anteproyecto de nuevo CP* al equiparar el término legal «objetos» con «cosas inanes». A una conclusión similar llegó la STS de 5 de abril de 2000 tras formular una

---

<sup>15</sup> Por todos, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 217 y 218; y OCTAVIO DE TOLEDO, E: «Razones y sinrazones» cit., p. 7.

interpretación gramatical de la palabra «objeto», que significa «cosa», y aplicar en consecuencia las reglas restrictivas de las leyes penales (art. 4.1 CP).

En este orden de ideas, y a raíz de pronunciarse la STS de 23 de marzo de 1999, que versó sobre unos abusos sexuales cometidos por un progenitor sobre su propia hija —resolución que, a su vez, traía causa de otra anterior, también del TS, de fecha de 14 de febrero de 1994—, en la que el Alto Tribunal acogiera íntegramente el criterio interpretativo asumido por la mencionada *Circular*, puede resumirse la que venía siendo hasta el momento su más que consolidada doctrina en esta materia de la siguiente forma: *los dedos* no tienen la consideración de *objeto* a los efectos de aplicar la agravación prevista en el art. 179, por lo que la modalidad de conducta consistente en introducir dedos o lengua en la vagina o el ano de la víctima tendrá que subsumirse, en todo caso, en el tipo básico del art. 178 CP, o, como ha señalado la STS de 7 de julio de 2000, a lo sumo, podrá calificarse como tentativa de agresión sexual del art. 179.

La LO 11/1999 no tomó cartas en el asunto, quedando, pues, este asunto sin resolver desde una perspectiva legal. No obstante, la LO 15/2003 terció en esta concreta polémica, probablemente influenciada por las consideraciones político-criminales formuladas en su día por el Grupo Parlamentario CIU en la Proposición de Ley presentada al Congreso de los Diputados, que entonces fuera rechazada (17/5/1999), así como por las sugerencias emitidas por la FGE a través de sus diversos pronunciamientos acerca de tal cuestión, incluyendo en la nueva redacción del art. 179, como tercera modalidad de conducta, junto al acceso carnal y a la introducción de objetos, la *introducción de miembros corporales* por vía vaginal o anal, con la finalidad de evitar interpretaciones «forzadas» y «extensivas» del término legal «objeto», en todo caso atentatorias al principio de legalidad.

A mi juicio, la reforma no era imprescindible, pues ya existía el art. 178 para dar cabida a esta clase de comportamientos, de cuestionable similitud en cuanto a gravedad respecto de los restantes que conforman las agresiones sexuales cualificadas. Por ello, personalmente creo que ha sido un error legislativo ampliar de forma tan desmesurada su conducta típica, con clara merma del contenido de aquel primer precepto<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Críticamente en torno a esa reforma, que, dada la amplitud de la conducta típica, impide, a mi juicio, seguir utilizando el término legal «violación», CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cuali-



En cuanto a la determinación del alcance de la expresión *cavidad* o *vía* de introducción de los citados objetos, y pese a la ausencia de un pronunciamiento expreso al respecto por el legislador de 1995, cuya presencia hubiera resultado bastante conveniente, el sentido común me llevó ya entonces a entender que sólo las cavidades vaginal y anal resultan idóneas para la perpetración de esta modalidad de conducta, pues únicamente a través de ellas puede considerarse efectivamente lesionada mediante la referida introducción la *libertad sexual* de una persona, quedando en consecuencia excluida de su ámbito la cavidad bucal, que no reúne, a mi juicio, las condiciones necesarias a tales efectos delictivos por muy libidinoso que sea el ánimo del agente, aunque siempre podría en estos casos recurrirse a la falta o al delito de coacciones, respectivamente, ya que partimos de la base de que los medios comisivos tendrían que ser violentos, permitiendo ello, a su vez, la hipotética concurrencia de tales infracciones con las posibles lesiones originadas en la boca del sujeto pasivo.

En este orden de cosas, la LO 11/1999 vino a modificar con acierto el contenido del art. 179 CP en lo concerniente a la conducta típica, resolviendo expresamente esta y otras cuestiones antes planteadas en torno a ella. En tal sentido, su redacción experimentó tres reformas puntuales, quedando desde entonces mejor configurada tanto en la forma como en el fondo. Así, y en primer término, se volvió a retomar el *nomen iuris violación*; término éste que no debió en ningún momento sustraerse de la fórmula de dicho precepto por el legislador de 1995, pues existen ciertas expresiones legales tan arraigadas en la conciencia popular que su repentina eliminación del texto punitivo termina por resultar más disfuncional que operativa. Es por ello que en ningún momento consideré que su extracción de la mencionada fórmula constituiría un serio obstáculo para que continuara siendo habitualmente utilizada en la práctica, como de hecho venía sucediendo desde que fuera acuñada por el CP de 1848, y no sólo por el ciudadano de a pie, profano en la materia, sino incluso por los propios penalistas.

No obstante esta opinión, que me parecía la correcta hasta que se aprobó la LO 15/2003, la desmesurada ampliación de la fórmula del art. 179 operada por esa reforma de 25 de noviembre de 2003, que a partir de ahora comprende también la *introducción en ano o vagina de miembros corporales* (dedos/lengua), nos obliga a replantearnos, de cara al futuro, la improcedencia de continuar utilizando

---

ficadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thompson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 1.178 y ss.

el término *violación* como idóneo a los efectos de seguir albergando en él algunas de las modalidades de conducta que integran el extenso catálogo de actividades enunciadas en el mencionado precepto en virtud de la citada reforma, motivo por el que, sin negar *a priori* la gravedad de esta categoría de actos sexuales, lo cierto es que a la vista de la «diversidad» de comportamientos que, a la postre, han venido a conformar la *conducta típica* del art. 179, hubiera sido más adecuado (siquiera sea desde un punto de vista semántico) prescindir de aquél término y utilizar, exclusiva y globalmente, el de *agresión sexual*. La ampliación de la fórmula responde al planteamiento de que todo comportamiento de esta índole debe agravarse en la medida en que se asemeja al acto de penetración sexual en sentido estricto, considerando la modalidad más severa de tal tipo de actividades.

Otro acierto de la LO 11/1999, junto a la modificación de carácter puramente formal o semántico antes citada, fue el insertar en la regulación del referido precepto otras dos sustanciosas novedades, sin duda de mayor calado, dotándolo desde un punto de vista técnico de un contenido más correcto, claro y preciso que el que tenía según la versión conferida por el CP de 1995, que, en parte, retomaba la redacción que la reforma de 1989 dispensara al art. 429 del derogado texto punitivo. En este sentido, y en primer lugar, utilizó una misma expresión, la de *acceso carnal*, para aunar las diversas modalidades de penetración sexual legalmente enunciadas, susceptibles de perpetrarse a través de la triple vía vaginal, anal y bucal. En segundo término, y con acertado criterio, restringió la modalidad delictiva consistente en la *introducción de objetos* a las dos primeras vías señaladas, exclusivamente, con clara eliminación de la *cavidad bucal*, la cual, como ya he indicado con anterioridad, no es idónea para calificar como atentatoria a la libertad sexual de las personas ninguna actividad de esta naturaleza, sea cual sea el objeto utilizado, pese a que el agresor haya actuado con evidente intencionalidad sexual.

#### 2.4. *El menor como sujeto pasivo de estas infracciones*

Puesto que estamos en presencia de un delito común, tal y como se desprende de la genérica fórmula legal contenida en el art. 178 («el que»), el *sujeto activo* es completamente indiferenciado: cualquiera puede atentar contra la libertad sexual de otro, sea hombre o mujer, abstracción hecha de toda clase de circunstancias distintivas. De igual modo, y como consecuencia de la reforma operada en 1989 en materia de delitos sexuales, en cuya virtud la víctima de la antigua

violación en particular y de todos los delitos contra la libertad sexual en general dejara por fin de identificarse con la mujer, exclusivamente, para acoger también en su seno al varón, el *sujeto pasivo* de la presente infracción es igualmente indiferenciado; extensión, por lo demás, y como es obvio, que mantuvo intacta la ulterior modificación introducida en el Título VIII por la LO 11/1999, lo que se traduce en la posibilidad de incluir en ella cualquier clase de relación, ya sea homosexual o heterosexual.

El hecho de que los niños y menores de cierta edad, habituales sujetos pasivos de ésta y de cualquier otra infracción contra su indemnidad sexual, fueran ubicados por el CP de 1995 como víctimas específicas del delito de *abusos sexuales* del Capítulo II de dicho Título, no impide que puedan serlo también de una agresión sexual genérica o cualificada. Buena prueba de ello es que dos de los subtipos agravados del art. 180, el relativo a la especial vulnerabilidad de los mismos (art. 180.1, 3.º) y el concerniente a la concurrencia de prevalimiento, en particular por razones de parentesco (art. 180.1,4.º), los contemplan de forma directa o indirecta, existiendo en la actualidad una nutrida doctrina jurisprudencial al respecto, que desglosaremos en el marco del mencionado precepto, en el buen entendimiento, que subrayamos desde ahora, de que a tenor de la nueva regulación que introdujo en su día el vigente texto punitivo, de llegar a ser alguno de ellos sujeto pasivo de una u otra modalidad de agresión sexual, los tribunales habrán de constatar en cada caso concreto la imprescindible concurrencia de fuerza física o intimidación como medios comisivos ineludibles, pues su ausencia determinaría automáticamente la calificación jurídica de la conducta como típica de un *abuso sexual* genérico o cualificado de los arts. 181 o 182, respectivamente; cuestión ésta en absoluto baladí, pues, pese a que tales agravaciones específicas también están hoy previstas en este ámbito delictivo, aunque con un menor efecto agravante, la sanción que corresponda aplicar por su inclusión en este segundo grupo de infracciones será, en todo caso, inferior (dos años mínimo, considerada la pena en abstracto) a la que le hubiera correspondido al autor de los hechos de haberla podido ubicar en alguno de los tipos de agresiones sexuales, básico o cualificado, según el supuesto de que se trate. No obstante, este discutible tratamiento legal diferenciado existente desde la reforma de 1995, que, a mi juicio, discrimina injustificadamente a efectos punitivos a los menores de 13 años, víctimas propiciatorias de la frecuente realización sobre ellos de los más variados y graves actos sexuales, se apreciará con mayor nitidez cuando analicemos este asunto con más detenimiento en el marco global de las infracciones del Capítulo II.

### **3. Agravaciones del art. 180 CP. Análisis particularizado de las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del mismo: especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad y prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco**

El art. 180 CP introduce cinco *subtipos agravados* en función de otras tantas agravaciones específicas, cuya finalidad consiste en elevar las sanciones respectivamente previstas para las agresiones sexuales genéricas y cualificadas de los arts. 178 y 179, señalando en su párrafo 1.º que cuando en su ejecución concorra alguna de las mismas, aquéllas se elevarán a *prisión de cuatro a diez años* en el primer caso y de *doce a quince* en el segundo. Se trata de un cúmulo de circunstancias, en su mayor parte correlativas a las agravantes genéricas de los arts. 22 y 23 CP, si bien el legislador de 1995 quiso en su momento configurarlas como *específicas* dotándolas de especiales efectos agravatorios, superiores a los que normalmente se producen como consecuencia de aplicar las reglas generales sobre determinación de la pena, previstas en el art. 66, 3.º CP. A su vez, tales efectos se incrementarán de concurrir en un mismo supuesto dos o más de dichas circunstancias, debiendo en este caso imponerse las referidas sanciones en su *mitad superior*, según dispone expresamente el pfo. 2.º del citado artículo<sup>17</sup>.

Debe advertirse de antemano que, en un buen número de casos, este segundo sistema legal de hiperagravación origina un claro atentado al *principio de proporcionalidad* de penas, en particular cuando opera respecto de cualquiera de las modalidades alternativas de conducta en que se plasman las agresiones sexuales cualificadas del art. 179, pues la sanción que según dicho sistema resultaría aplicable sería *prisión de trece años y medio a quince años*, superior incluso, como puede apreciarse, a la que corresponde al delito de homicidio (*prisión de diez a quince años*), con la consecuente e indeseable vulneración de dicho principio. Pero, lo que se me antoja realmente sorprendente es que la reforma operada en el Título VIII por la LO 11/1999 desaprovechara una excelente oportunidad para enmendar semejante desfase punitivo, que, quizás, le pasó desapercibido, pues ni siquiera la más grave de las violaciones, siendo como es una in-

---

<sup>17</sup> Sobre el catálogo general de esas circunstancias, vid. ampliamente, ALCACER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, en particular pp. 15 y ss, y la jurisprudencia y bibliografía por él citadas.

fracción de enorme entidad y trascendencia, máxime si se perpetra con niños, puede ni debe castigarse con la misma pena —y menos aún con pena superior— que la que corresponde a un homicidio.

Pues bien, en el presente trabajo obviaremos el análisis directo de alguna de dichas circunstancias por no presentar, a nuestro juicio, especial conexión con la tutela jurídico-penal que el CP debe dispensar a la indemnidad sexual de los menores, víctimas propiciatorias de alguna de estas infracciones. Por este motivo, nos limitaremos a analizar detenidamente dos de ellas en particular, por estar íntimamente vinculadas en la práctica con esta especial y delicada categoría de sujetos pasivos. Me estoy, lógicamente, refiriendo a las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del apartado 1 del art. 180. Procedamos a analizar de forma individualizada cada una de ellas, no sin antes advertir que en no pocas ocasiones ambas coinciden en el mismo supuesto práctico, como, por ejemplo, ocurre en los lamentable y patéticos casos en los que un padre agrede sexualmente a su propia hija/o menor de trece años.

La circunstancia contemplada en el apartado 3.º del art. 180.1 CP hacía originariamente mención a la específica condición de *vulnerabilidad* en que se encontrara la víctima a causa de su *edad, enfermedad o situación*; supuesto agravatorio que tras la reforma de 30 de abril de 1999 se amplió al incluir en la fórmula del precepto la presunción *iuris et de iure* de dicho estado de *vulnerabilidad* siempre que ésta fuera *menor de trece años* («en todo caso»). Es de suponer que la citada reforma determinó ese concreto tope de edad a los efectos de hacerlo coincidir con el nuevo límite cronológico que estableció para la víctima del delito de *abusos sexuales no consentidos* del art. 181.2 CP, también cifrado en los trece, frente a los doce que señalara con anterioridad el CP de 1995.

De gran interés teórico y práctico resulta la cuestión relativa a la eventual concurrencia de este subtipo agravado, tanto con las agresiones sexuales perpetradas mediante intimidación como en relación a los *abusos sexuales* de los arts. 181 y 182 CP ejecutados con menores de dicha edad y, muy particularmente, en lo que concierne a la posible vulneración del *non bis in idem* que su apreciación conjunta puede suscitar. En principio, cabe afirmar que tal vulneración se produce casi siempre en el marco de las infracciones reguladas en estos dos últimos preceptos, mas no necesariamente en el contexto de una *agresión sexual* cometida mediante *intimidación*, pues dicho medio comisivo se ha considerado en repetidas ocasiones compatible con la presente agravante cuando la corta edad de la víctima —hasta trece años— haya influido en la aparición en ella de una particular si-

tuación de miedo que no sería tal en persona adulta<sup>18</sup>, habiéndose opuesto, en cambio, a su apreciación conjunta la STS de 25 de mayo de 1998 (AP 544/1998) por considerar lesionado en ese supuesto el principio de prohibición de doble valoración de las circunstancias, dada la estrecha vinculación existente entre dicho elemento típico — la intimidación— y la citada causa de agravación, que determina la presencia de una hipótesis materialmente idéntica<sup>19</sup>.

Por otra parte, resulta obvio que esta específica causa de agravación guarda estrecha similitud con la circunstancia genérica 4.<sup>a</sup> del art. 22, relativa al *abuso de superioridad*, y debe comprender dentro de sí no sólo los estados de corta edad de la víctima sino también los de senectud, pues en ambos casos puede igualmente constatarse su particular situación de indefensión frente al ejercicio por el agente de violencia o intimidación, habiendo obviado, no obstante, el legislador (tanto el de 1995 como los ulteriores) concretar el límite superior de edad de aquélla; cuestión ésta cuya determinación queda en manos del juez, según las circunstancias del caso concreto. Es decir, se trata de una circunstancia de agravación de corte «victimológico» que ha suscitado múltiples discusiones en cuanto a la determinación de sus límites de aplicación, pues, además de la ambigüedad semántica que encierra el término *especial vulnerabilidad*, existe el riesgo de lesionar el *non bis in idem* mediante su apreciación en aquellos casos en los que dicha causa ya hubiera sido tomada en consideración por el juzgador para estimar la presencia de *intimidación*, requisito típico imprescindible para poder calificar la conducta como agresión sexual básica o cualificada, repercutiendo directamente también dicha cuestión en la delimitación —nada fácil, por cierto— de estas infracciones con sus homónimas de abusos sexuales en los que semejante requisito (al igual que el de la fuerza) deben estar ausentes.

Así las cosas, procede, ante todo, concretar cuál sea el fundamento de la agravación que nos ocupa, y que, sin duda, lo constituye

---

<sup>18</sup> De esta opinión, entre la doctrina científica, un amplio y detallado análisis de esta cuestión en el doble marco delictivo de las agresiones y los abusos sexuales puede verse en CASTELLÓ NICÁS, N., «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los arts. 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del *ne bis in idem*», en *Actualidad Penal*, n.º 37, 1999, en particular, pp. 720 y ss. En el sentido del texto, estimando la agravante, las SSTS de 9 de febrero de 1998 (AP 279/1998) y 22 de mayo de 1998 (AP 529/1998).

<sup>19</sup> En la misma línea se pronuncian, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1999 (RJA 5411), 9 de noviembre de 2000 (RJA 9537) y 13 de febrero de 2001 (RJA 1257). También esa línea de pensamiento, la SAP de Barcelona (Sección 3.<sup>a</sup>), de 23 de marzo de 2001, la cual no valoró el mayor daño psíquico eventualmente sufrido por la víctima al ser esta menor de trece años cumplidos y tener alguna experiencia sexual.

la situación de mayor *indefensión* en la que se encuentra frente al ataque de su agresor, la cual, a su vez, conlleva un *menor grado* por su parte de capacidad de *resistencia* u *oposición* al mismo, de donde se desprende que será suficiente con que la fuerza o intimidación ejercidas por él reúnan un mínimo de idoneidad y relevancia para desencadenar la voluntad en contra de esta sutil categoría de sujetos pasivos. De exigirse, en cambio, que tales medios comisivos tengan en estos casos la misma entidad requerida para aquellos otros en los que la persona agredida sea adulta, jamás se apreciaría esta agravante en el marco de las agresiones sexuales, quedando a la postre vacía de contenido, pues, de no concurrir tal entidad, la conducta pasaría directamente a integrar la figura delictiva de abusos sexuales que, como es sabido, sanciona, como mínimo, con dos años menos de prisión los mismos comportamientos lúbricos, de menor o mayor entidad, según se trate del tipo básico o cualificado que configuran las respectivas tipologías de los arts. 178 y 179, con claro y discriminatorio perjuicio para el menor y su *indemnidad sexual*, en la medida en que su comisión obstaculiza el *proceso normal de adecuado desarrollo de su personalidad en este contexto*, y no solo ya en base a la realización de las conductas que integran las diferentes tipologías que tratamos (mayor desvalor de acción), sino fundamentalmente también en atención al *mayor daño psicológico* que sufren los niños y menores de cierta de edad cuando se atenta sexualmente contra ellos (desvalor de resultado)<sup>20</sup>, ya que disponen de menos resortes y mecanismos subjetivos e internos que cualquier adulto para afrontar, a medio y largo plazo, las nefastas secuelas psicológicas que, sin duda, sufrirán, cuando menos temporalmente, si es que no las arrastran a lo largo de toda su vida.

Partiendo, pues, de estas premisas, y aunque, como ya hemos comprobado, en un primer momento la jurisprudencia de los tribunales (en particular de la Sala Segunda del TS) se opuso rotundamente a apreciar la agravante relativa al estado de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad en el marco de las agresiones sexuales cuando ésta ya se hubiera tenido en cuenta por el juez para constatar la existencia de intimidación, lo cierto es que, pese a la enorme dificultad interpretativa que el asunto encierra, la más reciente doctrina jurisprudencial se inclina, en cambio, por estimarla en la práctica a poco que pueda justificarse la presencia de dicho medio comisivo en base a otras circunstancias, de muy diversa

---

<sup>20</sup> Ampliamente sobre el fundamento y aplicabilidad de esta agravante específica en el marco de las agresiones y, sobre todo, de los abusos sexuales del art. 182, ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «Delitos contra la libertad sexual», en *Código Penal de 1995/Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1998, en particular, pp. 1064 y ss.

índole, concurrentes en el caso concreto. Esta exégesis, sustentada por una buena parte de las resoluciones judiciales dictadas en los últimos años, pone de manifiesto la voluntad de aplicarla por parte de los tribunales (Sala segunda del TS y determinadas Secciones de algunas Audiencias Provinciales), siempre y cuando puedan recurrir al mencionado resquicio interpretativo, en el entendimiento de que cuando la agresión tenga como víctimas a menores de trece años basta con constatar la presencia de un «mínimo de actividad intimidatoria», ya que mantener relaciones sexuales con ellos, salvo rara excepción, no requiere una especial y profunda labor en ese sentido, precisamente porque es fácil convencerlos o someterlos dada su corta edad.

De todos modos debe advertirse que pese a ser ésta la corriente jurisprudencial mayoritaria de los últimos tiempos, tampoco falta una doctrina contrapuesta que califique directamente los hechos cometidos como constitutivos de abusos sexuales cuando dicha edad haya servido al juzgador como criterio único determinante de la existencia de intimidación, aunque en el supuesto enjuiciado concurren otras circunstancias aleatorias en las que haberla podido sustentar. Ocurre, sin embargo, que la circunstancia de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su corta edad, también contemplada como tal en el marco de los abusos sexuales, aunque con «efectos agravatorios inferiores» a los que el art. 180 le otorga en el ámbito de las agresiones —nuevo trato discriminatorio injustificado y perjudicial para tales menores desde un punto de vista punitivo—, casi nunca se aplica en la práctica cuando se trata de un abuso sexual sin consentimiento, basado, precisamente, en ese mismo criterio de la edad inferior a trece años (arts. 181.2 o 182), puesto que de estimarse conjuntamente ambas circunstancias sí que se estaría vulnerando claramente el *non bis in idem*.

La Sala Segunda del TS, que suscribe mayoritariamente la primera de dichas exégesis, en su Sentencia de 6 de febrero de 2006, ha considerado que existe agresión sexual del art. 178, agravada, pues, en base a la circunstancia 3.<sup>a</sup> del art. 180.1, en los «tocamientos realizados en una menor de trece años por quien la amenazó con ejecutarlos también en su hermana, de tan solo tres años, si no accedía a sus pretensiones», amenazas que ella percibió como graves y posibles, suficientes para integrar la intimidación que el mencionado tipo requiere, compatible con dicha cualificación. Ello no significa, como indica la STS 14/2006, de 20 de enero, que ese medio comisivo se pueda apreciar automáticamente por la diferencia de edad existente entre las partes del delito, pero, cuando ésta es tan considerable por ser la víctima «una niña de siete años y el agresor un amigo de la fa-



milia», debe entenderse que carecía de la posibilidad de resistir actuando aquél actúo «contra la voluntad de la menor»; estimación conjunta de ambas circunstancias que «no vulnera el principio *non bis in idem*». Una interpretación distinta se desprende de la STS 275/2005, de 2 de marzo, cuando declara que la presunción *iuris et de iure* que el subtipo agravado 3.º del art. 180 establece respecto de la situación de especial vulnerabilidad determina la «aplicación automática del mismo», sin que «la apreciación de la edad lesione el citado principio al constituir la base de la intimidación», pues, según señala otra Sentencia del TS, la 1769/2001, de 5 de octubre, tratándose de niños, como lo era la víctima en el caso de autos, de tan solo nueve años, «debe exigirse muy poco para confirmar la presencia de este elemento típico, bastando con que se encontrara sola en su domicilio familiar», situación que aprovechó el agresor, quien, además, era su tío, pues se habían ausentado del mismo de todos los adultos que lo habitaban, para agarrarla por el cuello y empujar su cabeza hasta la altura del pene que le introdujo en su boca<sup>21</sup>. En parecida línea, la Sección 1.ª de la AP de Las Palmas calificó en su Sentencia 17/2006, de 2 de febrero, como delito continuado de agresiones sexuales del art. 179 los tocamientos y penetraciones, vaginal y anal, realizados por el acusado a «sus sobrinas menores de esa edad, amenazándolas para ello con un cuchillo». Asimismo, la Sentencia 80/2005 de la AP de Sevilla (Sección 3.ª), de 14 de febrero, estimó la presente agravación respecto de una «niña menor de doce años y retrasada mental», condenando al procesado por una agresión sexual básica del art. 178 al declarar concurrentes la fuerza y la intimidación en el hecho de «atarla de pies y manos e introducirle un trapo en la boca para que no gritara»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Apelando al mismo criterio de «situación de soledad» en el que se encontraba la víctima, menor de trece años y con un ligero retraso mental, la STS 560/2000, de 5 de abril, estimó la agravación específica de especial vulnerabilidad, basando la intimidación del delito del art. 178 por el se condenó al procesado en la concurrencia de la edad misma, ya que cuando ésta se utiliza para fundamentar dicho medio comisivo ya no puede volver a utilizarse para esgrimir la citada agravación. En parecida línea, la STS 1462/2005, de 11 de noviembre, alude asimismo a la especial «situación» en la que se encontrara la víctima cuando sufrió la agresión sexual constitutiva de un del tipo básico del art. 178: una casa en ruinas, a una hora nocturna y oculta a la percepción de terceras personas que pudieran socorrerla, empleando el criterio de la edad, comprendida entre los 12 y los 14 años para fundamentar la presencia de intimidación.

<sup>22</sup> La SAP de Málaga (Sección 7.ª) 50/2004, de 17 de agosto, califica de intimidatorios los actos del procesado de desabrochar los botones del pantalón de la víctima que para defenderse de él le arrojó una botella de vidrio, cesando éste en su actitud, estimando la agravación específica 3.ª del art. 180.1 en atención a la menor edad de aquélla, aunque no pudo ser exactamente delimitada. En una línea parecida, la SAP

En concurso de delitos entre los arts. 179 y 180.1 CP, atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima, una «niña de cuatro años, con importante retraso madurativo y psicomotor, hija de la compañera sentimental del agresor, y un asesinato alevoso», calificó y condenó la SAP de Orense (Sección 2.<sup>a</sup>) 1/2006, de 26 de enero, los hechos por él cometidos, consistentes en «introducirle en la vagina un objeto contundente, que le causó tan importantes desgarros en su interior que le ocasionaron la muerte». Cuando menos curiosa, controvertida e, incluso, contradictoria, resulta la interpretación sostenida por la STS 140/2004, de 9 de febrero, en relación al medio comisivo «fuerza física», supuestamente empleado por el procesado en un intento de que el menor, víctima del delito, le «practicara una felación», argumentando en este sentido que el hecho de «cogerlo por el cuello a tales efectos, a lo que éste accedió por la situación de desconcierto y de inferioridad en la que se hallaba, determina la existencia de consentimiento por su parte convirtiendo el inicial acto de fuerza en relación consentida», por lo que la conducta «no puede ser constitutiva de agresión sexual sino de tentativa de abusos mediante prevalimiento al ser el autor de los hechos párroco y profesor de la víctima», de cuya situación de superioridad se previó para perpetrarlos. En cambio, en ese mismo supuesto, apreció la existencia de agresión sexual en el «intento de penetración anal del acusado a otro menor, que no consiguió consumir debido a los movimientos esquivos y de contracción de las nalgas de éste», actos de resistencia que, por contra, identificó la citada Sentencia con el ejercicio de «violencia» que el tipo del art. 179 exige y que impide calificar dicha conducta como integrante de abusos sexuales.

Como puede comprobarse, son variados y de muy distinta índole los criterios interpretativos utilizados por la jurisprudencia más reciente del TS y de algunas AP a la hora de determinar el contenido y alcance de medios comisivos tales como la violencia o la intimidación, propios de las agresiones sexuales cuando se perpetran con menores, a efectos de apreciar o no la agravación específica de especial vulnerabilidad de éstos por razón a su edad, si bien, en términos generales, puede decirse que la tendencia mayoritaria apunta a estimarla en casi todos los casos por considerarla compatible con dichos

---

de Jaén (Sección 3.<sup>a</sup>), de 10 de enero, condenó al procesado por siete delitos de agresión sexual (siete víctimas distintas) apreciando la agravante de especial vulnerabilidad en atención a las edades de las mismas, comprendidas entre los 12 y los 14 años, fundamentando la intimidación concurrente en el hecho de asustarlas cogiéndolas por la espalda, tapándoles la boca y empujándolas hasta tirarlas al suelo y arrastrarlas al lugar destinado para agredirlas sexualmente.

medios comisivos, soslayando consecuentemente cualquier eventualidad vulneradora del *non bis in idem*, para cuya estimación, por otra parte, las exigencias requeridas a la hora de apreciar su concurrencia son mínimas, evidenciando de esta forma una «enorme flexibilidad exegetica» al respecto.

No obstante esta valoración, es realmente preocupante que a fecha de hoy no exista todavía una doctrina jurisprudencial unánime y continuada sobre tan controvertida como trascendental materia, provocando de esta forma un alto grado de incertidumbre con el consecuente riesgo que ello comporta para la seguridad jurídica, si bien, la explicación última a esta disparidad interpretativa de la que recientemente hacen gala nuestros tribunales penales al tratar esta concreta problemática se debe, sin duda, a la errónea técnica legislativa que en su día empleó el legislador de 1995 al introducir el art. 180 en el marco de las agresiones y abusos sexuales; precepto éste, a mi juicio, «innecesario» y «disfuncional» donde los haya, cuyo contenido (por otra parte, coincidente con las circunstancias genéricas previstas en los arts. 22 y 23 CP), solo contribuye a suscitar «dudas y conflictos exegeticos» a la jurisprudencia a la hora de aplicarlo en la práctica, en lugar de allanarle a tales efectos el terreno, como debiera ser, en un ámbito delictivo tan complejo como preocupante, cual es éste relativo a ciertos delitos sexuales cometidos con niños y menores de cierta edad, con frecuencia por parientes allegados, resultando, a la postre, «inoperante» para dicha finalidad.

Pero esto no es todo. El CP de 1995 estimó también oportuno en su momento elevar a la categoría de figura agravada la particular situación de *prevalimiento* en la que pudiera encontrarse el agresor respecto de su víctima (art. 180.1, 4.<sup>a</sup>), debido entonces a la existencia de determinados vínculos de *parentesco* entre ambos. Pues bien, de entrada cabe afirmar que la presencia de dicha circunstancia en este ámbito específico resultaba ya entonces inidónea, ya que existe un claro antagonismo entre su naturaleza y la propia esencia del delito de agresiones sexuales, que, por prescripción legislativa y sin ninguna excepción, tiene necesariamente que cometerse utilizando medios violentos o *intimidatorios*, los cuales, por definición, son —en particular el segundo de ellos— incompatibles con la referida situación de «abuso de una relación de superioridad familiar», que debe operar más como una modalidad autónoma de comisión de los delitos de abusos sexuales que como una causa de agravación de las agresiones de los arts. 178 y 179<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> De la misma opinión, ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual* cit., pp. 66 y ss.

En cualquier caso, todas las consideraciones críticas que puedan formularse a esta circunstancia agravante en la versión original que le confiriera el CP de 1995 se hallan, incluso, incrementadas a la vista de la regulación ampliada que de la misma llevó a cabo la LO 11/1999, en la medida en que su contenido no queda ahora exclusivamente reducido al supuesto en que el autor ejecute el delito *prevaleciendo* del particular vínculo de *parentesco* que le une a la víctima, sino que comprende también el *prevalimiento* de cualquier *otra relación de superioridad*, que la nueva fórmula del art. 180.1, 4.<sup>a</sup> añade a la primera de forma alternativa, empleando la partícula «o», como si de dos situaciones distintas se tratara, cuando, en verdad, aquélla no es sino una concreta modalidad de ésta, con la que se encuentra unida por una estrecha conexión *género-especie*, lo que determina que la agravante podrá aplicarse indistintamente, ya concurra una u otra, es decir, bien «cualquier relación de superioridad» (género), bien el particular «vínculo de parentesco» (especie).

En realidad, en lo que a las agresiones sexuales con menores se refiere, la aplicación práctica de esta agravación específica es casi nula. Se desestima cuando la relación parental entre agresor y víctima es de tío respecto a sobrino<sup>24</sup>, y solo la apreció la ya citada SAP de Orense 1/2006, de 26 de enero, por ser el agresor y asesino de una niña de cuatro años compañero sentimental de su madre.

Como conclusión final al estudio de ambas agravaciones, por lo demás extensible en general a las restantes circunstancias contenidas en el art. 180 o, lo que es lo mismo, al precepto globalmente considerado, reitero mi particular opinión: a pesar de las buenas intenciones político-criminales que inspiraron al legislador de 1995 cuando decidió crearlo *ex novo*, fundamentalmente encaminadas a agravar la pena a los agresores sexuales ante la mayor indefensión de la víctima comprendida en alguna de ellas, se trata de un precepto técnicamente incorrecto, que ocasiona múltiples conflictos interpretativos en la práctica, con evidentes solapamientos en la mayoría de las ocasiones respecto de los medios comisivos violencia/intimidación que los arts. 178 y 179 requieren, sin olvidar que todas y cada una de dichas circunstancias se corresponden con sus homólogas agravantes genéricas de los arts. 22 y 23 CP, motivo por el que de concurrir alguna de ellas podía haberse recurrido perfectamente a estos segundos preceptos, no siendo, pues, necesario, ni mucho menos imprescindible, la creación de aquel otro, pese a que los efectos agravatorios genéricos *ex art. 66* sean inferiores a los

---

<sup>24</sup> Así, la STS de 6 de febrero de 2006 (La Ley/403) y la SAP de las Palmas (Sección 1.<sup>a</sup>), 17/2006, de 9 de febrero.

que el 180 incorpora al dotar de naturaleza específica a dichas causas de agravación, lo que tampoco hubiera representado óbice alguno si se entiende que las figuras básica y cualificada de agresión sexual ya están suficientemente castigadas con penas proporcionadas a la entidad de las conductas respectivamente descritas en dichos artículos. En definitiva, el precepto en cuestión resulta «censurable», pues aunque los tribunales recurran a él con bastante frecuencia, habida cuenta las múltiples dificultades exegéticas que su aplicación suscita, en lugar de servir para solventar adecuadamente problemas concretos de tanta entidad como los que nos ocupan, que, para colmo, surgen con bastante habitualidad en la praxis diaria, ocasiona el efecto diametralmente opuesto: constituye un verdadero semillero de problemas. Pues bien, dicha valoración negativa del mismo encuentra su punto álgido, al menos en lo que a las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del art. 180 se refiere, en el marco de los abusos sexuales, como trataré de explicar a continuación.

## 4. Tipo básico y agravado de abusos sexuales

### 4.1. Observaciones comunes a ambos tipos

En realidad, es en el ámbito del tipo básico del art. 181 CP en el que con mayor nitidez puede apreciarse la simplificación de la técnica legislativa que operó la reforma de 1999, en la medida en que dicho precepto no distingue ya, como ocurriera en 1995, entre un genuino tipo básico y otros dos subtipos derivados de él, uno agravado y otro atenuado, castigados cada cual con su correspondiente pena; es decir, en total, tres sanciones distintas para otros tres supuestos, presuntamente diferentes también, si bien englobados bajo un mismo precepto: el art. 181, en la versión que le confiriera el nuevo CP, posteriormente sustituida por la citada reforma, la cual, a mi juicio con acierto, obviando la anterior complejidad legislativa, unificó la sanción aplicable a los tres supuestos típicos mencionados, que, pese a seguir vigentes en cuanto a su contenido de injusto, recibieron no obstante un tratamiento punitivo unitario que mejoró la técnica originaria empleada en 1995 para configurar el presente tipo básico al simplificarla ostensiblemente, lo que siempre es bien recibido y de cumplido agradecimiento por parte del intérprete.

De otra parte, acertadamente también, dicha sanción unitaria se convirtió en la alternativa de *prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*, que goza, como puede apreciarse, de un amplio margen en sus tramos superior e inferior, permitiendo así al

juez aplicar una u otra, según la mayor o menor gravedad del caso concreto, pues de distinta naturaleza y trascendencia son, sin duda, los diversos supuestos delictivos que el art. 181 contempla, amén del incremento que la nueva respuesta punitiva supuso frente a la que fuera prevista por el nuevo CP, tanto en lo concerniente a la pena privativa de libertad y pecuniaria con que sancionara las hipótesis más graves, cuales son las de abusos cometidos con menores, personas privadas de sentido, o de cuyo trastorno mental se abusa (antes, *prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*), como en lo relativo a la segunda de dichas sanciones, exclusivamente contemplada para los abusos, por lo general de menor gravedad, ejecutados en la víctima por «sorpresa», esto es, sin su consentimiento, o los perpetrados mediante prevalimiento (antes, *multa de seis a doce meses*).

En resumen, tras la reforma penal de 1999 el tipo básico del art. 181 contiene dos modalidades delictivas, cualitativamente distintas, aunque conminadas con una pena unitaria, alternativa y de amplio margen: los abusos sexuales *no consentidos* (art. 181.1 y 2) y los abusos sexuales consentidos, pero en virtud de *consentimiento viciado* (art. 181.3). A continuación, iniciamos el estudio individualizado de cada una de ellas, en el buen entendimiento de que ambas también resultan aplicables a la figura agravada del art. 182.

#### **a) Abusos sexuales no consentidos: minoría de trece años. Bien jurídico protegido**

El art. 181.1 requiere, en primer lugar, ausencia de medios comisivos violentos en la realización de la conducta típica: «sin violencia o intimidación», dice textualmente el citado precepto, a efectos de diferenciar los abusos sexuales del Capítulo II de las agresiones reguladas en el Capítulo I. En segundo término, exige que el asentimiento de la víctima no esté presente cuando manifiesta «y sin que medie consentimiento», cuya ausencia se presume legalmente en todo caso, es decir, con presunción *iuris et de iure* en los dos primeros supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo: «se consideran abusos sexuales no consentidos» los que se ejecuten sobre *menores de trece años* y sobre personas que se hallen *privadas de sentido*, estableciéndose la presunción *iuris tantum* en relación al tercer supuesto, es decir, cuando la víctima padezca un *trastorno mental* del que *se abuse*.

En verdad, la citada fórmula legal, relativa a la *ausencia de consentimiento* en los tres casos mencionados, ya incorporada al art. 181

por el CP de 1995 y mantenida ulteriormente por la reforma de 1999, no me pareció entonces, ni me sigue pareciendo ahora, técnicamente correcta, aunque es evidente la finalidad político-criminal perseguida por el legislador a través de ella: proteger a los sujetos que se encuentren comprendidos en alguna de esas tres situaciones cuando se abuse sexualmente de ellos, pese a no ser violentados ni intimidados a esos efectos. Ocurre, sin embargo, que la fórmula referida sólo se acopla correctamente al supuesto de hallarse la víctima *privada de sentido*, pues, en verdad, mal puede consentir quien esté en semejante situación. Sin embargo, no cabe decir lo mismo de los *menores de trece años* o personas de cuyo trastorno *mental se abusa*, ya que tanto unos como otras pueden prestar su consentimiento a la realización del abuso sexual resultando, en consecuencia, incorrecta también la presunción legal absoluta arriba citada. A mi juicio, en ambos casos hubiera sido técnicamente más adecuado aludir a la *irrelevancia jurídica* del mismo —no a su ausencia—, pues es obvio que aunque asientan, dadas las peculiaridades biológicas y psicológicas que les son inherentes, sus respectivos consentimientos serán reputados inválidos por el Ordenamiento penal. Se trata de una errónea cláusula legal que trae causa de la no menos errónea y tradicional fórmula, acuñada por cierto sector doctrinal y jurisprudencial bajo la antigua y derogada normativa (p. ej., SSTs de 26 de abril de 1978 y 7 de febrero de 1992), de la mal llamada *violación impropia o presunta* y de los correlativos abusos deshonestos/agresiones sexuales.

Precisamente, basándome en este razonamiento, ya adelanté al tratar las agresiones sexuales que, en buena lógica, el *bien jurídico protegido* en ambos supuestos delictivos, y naturalmente también en el caso de la privación de sentido, no puede corresponderse con la libertad sexual, en la versión estricta de esta acepción, dada la citada irrelevancia jurídico-penal del consentimiento prestado a la realización del abuso por quienes se hallen comprendidos en alguno de esos tres supuestos, que conlleva su concomitante incapacidad, igualmente jurídico-penal, de ejercer válidamente dicha facultad; motivo por el que resulta mucho más adecuado predicar la *indemnidad sexual* de estos sujetos pasivos como interés tutelado en ese concreto ámbito delictivo. En la actualidad, como es de sobra conocido, dicha apreciación queda legalmente refrendada por la propia rúbrica del Título VIII, Libro II, CP, así como por la nueva redacción del art. 181.1, tras la reforma de 1999.

Con independencia de la crítica que pueda formularse a la innovación legal introducida por el CP de 1995 en cuanto al «tratamiento punitivo discriminatorio» dispensado a los abusos sexuales perpetrados con personas comprendidas en los tres supuestos típi-

cos del art. 181.2, frente al que vino a otorgar a sus correlativas figuras de agresiones sexuales, teniendo en cuenta que desde el CP de 1848, al margen de que se usara fuerza o intimidación en la víctima, dicho tratamiento era idéntico, ya fuera ésta menor de doce años, ya enajenada, ya se hallare privada de sentido, debe al menos advertirse que, aunque la LO 11/1999 mitigó relativamente el citado desfase punitivo, bajo la normativa vigente se sigue hoy castigando con mayor pena (dos años más de pena de prisión en casos de abusos graves) cualquier modalidad de acceso carnal o de introducción de objetos o miembros corporales perpetrados en «persona adulta con violencia o intimidación» que la misma clase de penetración ejecutada con un «menor de trece años o trastornado mental de cuya deficiencia se abusa», pese a prescindir el agente de la utilización de medios comisivos violentos. Piénsese, por ejemplo, en las graves taras psíquicas, incluso irreversibles, que la ejecución de actos sexuales de dicha entidad pueden ocasionar en niños de corta edad, víctimas propiciatorias de los mismos. La respuesta a esta cuestión se subsana recurriendo a criterios de congruencia legislativa o de técnica jurídica, lo que no impide, pese a todo, plantearse esta cuestión, en principio injusta, desde un punto de vista punitivo.

Entrando ya a examinar los supuestos delictivos integrantes de los que hemos denominado *abusos sexuales no consentidos* del tipo básico del art. 181.1.2 CP, nos centraremos en esta ocasión, exclusivamente, en el primero de ellos relativo a la *minoría de trece años* del sujeto pasivo, tope máximo de edad que la reforma de 1999 elevó frente al de doce, empleado por todos los textos punitivos españoles desde el CP de 1848. Ello supone, sin duda, una clara ruptura y un cierto distanciamiento legal —sólo de un año— en relación al criterio tradicionalmente utilizado para fijar el umbral de la edad penalmente protegida en este ámbito delictivo, si bien es cierto que cualquiera de los dos puede resultar válido, pues se trata de una cuestión de índole político-criminal, más que científica, y, como tal, opinable. Como ya he señalado, constituye un elemento del tipo respecto del que rige la presunción legal *iuris et de iure*, por lo que bastará demostrar, sin mayores exigencias, que la víctima está biológicamente comprendida en esa franja de edad<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Críticamente con la protección a ultranza de los menores de trece años, por entender que el legislador ha querido cerrarles el paso a las relaciones sexuales primando así el valor seguridad, GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva Político Criminal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 5, 2005, pp. 136 y 137.



**b) Abusos sexuales con consentimiento viciado:  
el prevalimiento como medio comisivo.  
Bien jurídico protegido**

El art. 181.3 alude a la hipótesis en la que «el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Estamos, pues, en presencia de los llamados abusos sexuales mediante *prevalimiento*, en los que la edad de la víctima es, en principio, ilimitada, lo que, frente a la normativa antigua, no deja de ser un acierto del CP de 1995, si bien ello no obsta para que dentro de este supuesto concreto también tengan cabida los menores que hayan superado la edad de trece años.

El citado precepto exige que dicho prevalimiento se derive de una situación de superioridad manifiesta. Ésta debe entenderse hoy en los mismos términos en que se la venía concibiendo en la legislación anterior, es decir, como equivalente a cualquier estado que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que se aprovecha, esto es, de la que se prevale para abusar sexualmente de él, siempre y cuando dicha relación sea evidente o, lo que es lo mismo, real, clara y contundente. Por lo demás, y al igual que sucediera bajo la normativa anterior a 1995, la situación de superioridad de la que se beneficia el agente para perpetrar este delito puede estar basada en una relación de cualquier índole: familiar, jerárquica, laboral, docente, económica, etc<sup>26</sup>. En los últimos tiempos, la jurisprudencia del TS acostumbra a calificar como constitutivos de la presente modalidad de abusos sexuales determinados actos de esta índole llevados a cabo por un *padre en la persona de su hijo/hija menor*, como consecuencia de la *notable diferencia de edad* existente entre ambos y de la evidente *situación de superioridad* en la que aquél se encuentra respecto de ellos, como ya puso de manifiesto, entre otras, la STS de 23 de marzo de 1999. Bastará, pues, con que en el caso concreto pueda constatararse que de dicha relación se deriva el prevalimiento que, finalmente, determina la prestación por parte de la víctima de un consentimiento viciado, expreso o tácito, a la realización del abuso, asentimiento que jurídicamente será irrelevante, puesto que su libertad sexual se verá afectada al aprovecharse el autor de ciertas circunstancias que juegan a su favor en perjuicio de aquélla. El dato objetivo de la *simple diferencia de edad* existente entre las partes no parece ser, en cambio, suficiente para crear una situación de esta índole, al menos en opinión de la STS de 15 de octubre de 2000.

<sup>26</sup> Vid. al respecto, entre otras, las SSTS de 28 de marzo de 1995 y 17 de mayo de 2002.

## 4.2. Conducta típica y sujetos

Al igual que en el ámbito de las agresiones sexuales de los arts. 178 y 179, el CP también prevé un tipo básico de abusos genéricos en el art. 181.1 frente a otro cualificado, regulado en el art. 182; diferente calificación que tiene su origen en la menor o mayor entidad de los actos que integran sus respectivas conductas típicas. En este sentido puede afirmarse que la misma ambigüedad que caracteriza la descripción legal que a tales efectos lleva a cabo el primero de dichos preceptos en relación a las citadas agresiones, aparece ahora claramente reflejada en la letra del apartado 1 del art. 181, que dice: «el que... realizare actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona». En consecuencia, todo lo manifestado *supra* al tratar esta cuestión en aquel ámbito delictivo puede trasladarse *mutatis mutandi* a esta correlativa infracción sexual, recordando que, por exclusión, deben eliminarse *a priori* de la conducta del tipo básico determinados hechos de mayor gravedad, propios de la figura cualificada del art. 182; precepto éste que, por esa precisa razón (que nada tiene que ver con los medios comisivos, idénticos en ambos tipos), los sanciona con una pena más severa. Me refiero, lógicamente, al *acceso carnal ejecutado por vía vaginal, anal o bucal*, así como a la *introducción de objetos y de miembros corporales realizada a través de las dos primeras cavidades* señaladas.

No obstante, eventualmente podrían tener cabida en la presente conducta ciertos actos, tradicionalmente conocidos como *abusos por sorpresa*, tales como besos o tocamientos fugaces realizados en el cuerpo de la víctima aprovechando lugares o situaciones de tumulto, aglomeración, etc., sin que conste violencia o intimidación ni sean consentidos por ella. Sin embargo, tales hipótesis deben enjuiciarse en cada caso concreto con la debida cautela, a riesgo de calificar como genuinos atentados a la libertad o indemnidad sexual de las personas comportamientos cuya nimiedad los haga simplemente acreedores del calificativo de meros actos burdos o groseros.

Por expresa determinación del art. 181.1, y como no podía ser de otra forma, los sujetos activo y pasivo de este delito son completamente indiferenciados, siendo, en consecuencia, igualmente factibles las relaciones homo y heterosexuales. A partir de ahora centraremos lógicamente nuestra atención en aquéllos que sean menores de trece años.

Puesto que el art. 182 remite expresamente a «todos los casos del artículo anterior», lo que se traduce en el dato de que los medios comisivos del tipo cualificado de abusos sexuales son exactamente los mismos que conforman el básico del art. 181, es decir, se correspon-

den con cada uno de los supuestos delictivos que acabamos de examinar y que hemos agrupado en dos categorías: abusos no consentidos del art. 181.2 (minoría de trece años, privación de sentido y trastorno mental del que se abusa) y abusos con consentimiento viciado del art. 181.3 (prevalimiento), resultan válidas en este contexto todas las consideraciones formuladas al respecto al analizar los abusos sexuales genéricos, a las que ahora me remito. Del mismo modo, por lo que concierne a la conducta típica y a los sujetos del delito, este tipo se diferencia del básico, exclusivamente, en la especial trascendencia y mayor gravedad de los actos que lo integran, que son idénticos a los previstos por el art. 179 para una agresión sexual cualificada, lo que, a la par, determina la ya mencionada naturaleza indiferenciada de los sujetos activo y pasivo de la presente infracción, así como de las relaciones homo o heterosexuales que pueden producirse entre ambos. Por tanto, vuelvo ahora a remitirme a todas las observaciones formuladas al tratar este elemento del delito en el marco de las infracciones del Capítulo I del Título VIII.

#### 4.3. *Penalidad y agravaciones específicas de los arts. 181.4 y 182.2 CP*

Como ya hemos apuntado, la LO 11/1999 modificó en este punto la regulación que hasta esa fecha contenía el CP unificando la sanción aplicable a los diversos supuestos delictivos previstos por el art. 181: abusos sexuales no consentidos (art. 181.2) y con consentimiento viciado —prevalimiento— (art. 181.3), incrementándola al propio tiempo, tanto en su tramo superior como en el inferior, para reconvertirla definitivamente en la alternativa de *prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*, una u otra aplicables según la gravedad del caso.

El apartado 4 del art. 181, de nueva creación por la reforma de 1999, contiene dos agravaciones específicas, que originariamente no existían en el CP de 1995, pues éste limitó su previsión al ámbito de los abusos sexuales cualificados del art. 182 en exclusiva, con clara exclusión, pues, de la misma del ámbito de los abusos genéricos, ausencia legal, ya entonces merecedora de crítica por incongruente. Dicha agravación consistía en elevar en su *mitad superior* las penas señaladas en el apartado 1 del propio precepto si concurren las circunstancias 3.<sup>a</sup> o 4.<sup>a</sup> que el art. 180 prevé en el marco de las agresiones sexuales. Sin embargo, y pese a la valoración positiva que personalmente me mereció en su día esta expresa previsión legislativa en dicho contexto delictivo, me temo que, pese a todo, tanto en uno

como en otro grupo de infracciones su virtualidad práctica es casi nula, puesto que ambas circunstancias, según los casos, resultan ya inherentes a las mismas, y su apreciación conjunta en un mismo supuesto vulneraría el principio *non bis in idem*. Así, la 3.<sup>a</sup> agravación, relativa a la especial *vulnerabilidad* de la víctima por razón de su edad (en todo caso, siempre que sea menor de trece años) es, a mi juicio, totalmente *incompatible* con el abuso cometido con tales menores (art. 181.2), en tanto esa circunstancia —la edad— sirve para configurar el presente delito y su doble estimación contravendría aquel principio<sup>27</sup>.

Así lo ha entendido la casi totalidad de la jurisprudencia más reciente consultada, como manifiesta la STS 161/2004, de 9 de febrero, al señalar que «cuando la menor edad de trece años de la víctima haya sido el criterio empleado para calificar los hechos como abusos sexuales in consentidos, no procede estimar la agravación específica de especial vulnerabilidad por ese mismo motivo, pues lo contrario supondría una flagrante vulneración del citado principio», aunque —añade esta resolución— si es posible aplicarla en atención a otras causas similares, como sería la «relación de amistad existente entre la madre de la víctima y el abusador, pues ello facilitó la comisión de los hechos sancionados». En parecida línea, estimó la agravante la SAP de Alicante (Sección 7.<sup>a</sup>) 8/2006, de 14 de febrero, descartando el criterio de la edad como inherente al tipo, pero acogiendo a la «situación especialmente vulnerable de la víctima cuyo cuidado le fue encomendado por su madre al procesado, compañero sentimental de la misma». Rechazó, en cambio, dicha circunstancia en ausencia de elemento alguno acreditativo de la situación de especial desvalimiento del menor y consecuente aprovechamiento por el autor, la STS 1200/2004, de 22 de octubre, en tanto la STS 967/2004, de 19 de julio, aceptó la «compatibilidad de ambas circunstancias» (minoría de edad y especial vulnerabilidad), argumentando que «no es lo mismo que la víctima tenga doce años como que tenga siete», aunque en el caso de autos la cuestión resultaba inocua a efectos de elevar la pena, puesto que siendo el autor padre del menor se estimó, en todo caso, la agravante 4.<sup>a</sup> del art. 180, relativa a la situación parental.

El mismo razonamiento esgrimido en cuanto a la circunstancia 3.<sup>a</sup> puede hacerse ahora extensivo a la agravación 4.<sup>a</sup>: *prevalimiento* por el agente de una relación de *superioridad* o de *parentesco*, a su vez, ya contemplada como medio comisivo en la descripción del injusto del art. 181.3, habiéndolo así ratificado la doctrina jurisprudencial ma-

---

<sup>27</sup> De opinión parcialmente distinta, CASTELLÓ NICÁS, N., «La agravante» cit. pp. 720 y ss.

yoritaria, con acertado criterio. La STS 244/2005, de 25 de febrero lo confirma: «no puede aplicarse dicha agravante cuando el parentesco sirva para apreciar la falta de consentimiento de la menor», de catorce años en el caso de autos, de la que abusó sexualmente su propio padre, empleando el mismo argumento en su Sentencia 140/2004, de 9 de febrero, pues el consentimiento de los menores fue obtenido «mediante prevalimiento de la especial relación de superioridad que ejercía frente ellos el autor de los hechos, párroco y profesor de los mismos», el cual, por razones de amistad y confianza depositadas en él, gozaba de un gran ascendiente sobre ambos.

En consecuencia, y pese a lo manifestado al comienzo de este epígrafe, creo que para evitar innecesarios solapamientos y eventuales vulneraciones al principio constitucional mencionado hubiera sido más oportuno que la reforma de 1999 hubiese obviado cualquier remisión a las circunstancias del art. 180 absteniéndose de crear los referidos supuestos agravatorios en el marco de los abusos sexuales, pues dicho precepto se aplica escasamente en la práctica, por razones obvias: si «la menor edad de trece años es el motivo de calificación del delito, no puede volver a emplearse como criterio de agravación»; en tales supuestos, queda no obstante abierta la puerta a la circunstancia 4.<sup>a</sup>, siempre que concurra prevalimiento o parentesco (caso de la SAP de Lugo —Sección 2.<sup>a</sup>— 104/2001, de 30 de julio). Y viceversa: si estos medios han sido ya utilizados por el juzgador para tipificar la conducta, no cabe retomarlos en concepto agravatorio, si bien cabría la hipótesis de acudir a la circunstancia 3.<sup>a</sup>, «siempre que la víctima se encuentre inmersa en alguna situación de especial vulnerabilidad» (v.gr. enfermedad, corta edad, pese a ser superior a trece años, etc.).

La particular trascendencia de las diversas formas de conducta que regula este tipo cualificado justifica, en relación al tipo básico, la mayor gravedad de la sanción con que las conmina: *prisión de cuatro a diez años*; pena claramente inferior —dos años de diferencia en todo su recorrido— a la señalada por el art. 179 para comportamientos sexuales de la misma entidad, pues, como ya adelanté en otro lugar de este texto, la voluntad manifestada en su día por el legislador de 1995, ulteriormente perpetuada por la reforma de 1999, no fue otra que la de agravar, en todo caso, las infracciones del Capítulo I del Título VIII (agresiones sexuales) frente a las del Capítulo II (abusos sexuales), con fundamento en la mayor gravedad también de los medios comisivos violentos que deben acompañarlas (fuerza o intimidación), ausentes, como es sabido, en las figuras delictivas que ahora nos ocupan; voluntad legislativa que, personalmente, no compartí en su momento ni sigo ahora compartiendo.

El apartado 2 del art. 182 contiene idéntica agravación de la pena para los abusos cualificados que la que prevé el art. 181.4 para los que hemos denominado genéricos, basada en la concurrencia de las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del art. 180, por lo que de nuevo me remito en este contexto a las observaciones generales formuladas al analizar la concreta problemática que sugiere su aplicación práctica. Obsérvese que, no obstante la expresa previsión legal de la citada agravación en una y otra modalidad de abusos sexuales, con independencia ahora de su mayor o menor virtualidad en la praxis, sus efectos quedan limitados en este ámbito delictivo a producir un incremento en la correspondiente pena equivalente al que conlleva la aplicación de cualquier agravante genérica del art. 22, en los términos que globalmente señala el art. 66.3.<sup>a</sup> CP; es decir, se aumenta solo en su *mitad superior*; sistema agravatorio éste de considerable menor entidad que el que opera en el marco de los *subtipos agravados e hiperagravados* de agresiones sexuales del art. 180 CP. Nuevo «tratamiento discriminatorio e injustificado» en lo que concierne a la tutela de la sexualidad de los menores.

El TS, en su Sentencia 159/2005, de 11 de febrero, estimó la circunstancia de especial vulnerabilidad en un supuesto en el que la víctima, menor de trece años —criterio que sirvió para tipificar los hechos por el art. 182 como abusos sexuales cualificados— era también deficiente mental (edad mental de ocho años), al igual que hiciera la SAP de Zaragoza (Sección 3.<sup>a</sup>), 18/2001, de 5 de abril, respecto de los actos de penetración bucal perpetrados por un abuelo en la persona de su nieta, también menor de esa misma edad, aprovechando la estancia de los padres en otra localidad, al entender que en el contexto de los abusos sexuales, como en el de las agresiones, tratándose de niños, víctimas de los mismos, el hecho de «encontrarse solos sin sus familias les hace especialmente vulnerables a efectos de apreciar la agravación específica».

En cuanto a la circunstancia 4.<sup>a</sup> del art. 180.1 la SAP de Alicante (Sección 1.<sup>a</sup>), 58/2006, de 30 de enero, la ha declarado inaplicable si la calificación de un abuso sexual del art. 182 se ha realizado en atención al prevalimiento de una determinada situación de superioridad respecto de víctimas menores (el acusado era su profesor y párroco), pues la estimación conjunta de ambas circunstancias vulnera el *non bis in idem*. En una línea parecida, la STS 31/2005, de 24 de enero, rechaza la aplicación conjunta de ambas circunstancias, la 3.<sup>a</sup> y la 4.<sup>a</sup>, en un mismo supuesto en el que una niña menor de diez años fue objeto de abusos continuados del art. 182 por su guardador de hecho, a quien se la habían confiado para pernoctar en su casa, recordando que la relativa al prevalimiento puede ser aplicable, siempre y cuando no se haya utilizado como criterio para tipificar la conducta.

**c) Nueva agravación introducida por el Proyecto de Reforma del CP, de 15 de enero de 2007: abusos sexuales cometidos con menores de trece años en el marco de una organización delictiva**

El Proyecto de Reforma del CP, de 15 de enero 2007, en fase de tramitación parlamentaria cuando escribo estas páginas, añade una nueva agravación específica en el apartado 5.º del art. 181, que sanciona con la pena de prisión de tres a cinco años los abusos sexuales perpetrados en «menores de trece años en el marco de una organización delictiva». Posiblemente, la reforma se refiera a los actos de esta índole cometidos por miembros de ciertas bandas juveniles y sectas destructivas respecto de los miembros más vulnerables de las mismas, que se ven inducidos por ellos a tolerar tales prácticas con consentimiento viciado, tanto por la edad como por la situación en la que se encuentran ubicados, es decir, en una estructura organizada con considerable potencial coercitivo que incrementa el daño a su indemnidad sexual. Las conductas, entiendo, han de generarse en el interior de tales organizaciones y no sobre personas externas o extrañas a las mismas. En todo caso, no cuestiono las razones político-criminales que hayan podido impulsar al legislador a incrementar el sistema, ya de por sí excesivo, de agravaciones específicas previstas en el Capítulo II del Título VIII para esta clase de infracciones, puesto que ello redundaría en beneficio y defensa de la sexualidad del menor, pero, a simple vista, no parece técnicamente necesaria semejante nueva agravación, pues, de hecho, tal y como se la ha configurado legalmente podría encontrar bajo la normativa vigente perfecta cabida en las circunstancias 3.ª y/o 4.ª del art. 180, extensibles a los tipos básico y cualificado de abusos sexuales, motivo por el que la considero «superflua e innecesaria», amén de «solapada» con esas otras agravantes, solapamiento que, de aprobarse dicha reforma, no traerá consigo sino nuevos «conflictos interpretativos», parecidos a los que ya hemos analizado a lo largo de este texto en relación a esas dos agravaciones, hoy ya existentes, al igual que riesgos, más que probables, de vulneración del principio «non bis in idem».

## **5. El tipo autónomo de abusos sexuales fraudulentos**

El art. 183 CP regula de forma autónoma e independiente respecto de los restantes abusos sexuales del Capítulo II aquéllos que el agente ejecute empleando como medio comisivo cualquier «mecanismo engañoso», lo que le ha valido a esta figura delictiva la unánime calificación doctrinal y jurisprudencial de *abusos fraudulentos*, ya desde que estaban vigentes las antiguas figuras de *estupro* y de sus co-

relativos *abusos deshonestos/agresiones sexuales fraudulentas*. Por ello, en general, resulta válida la interpretación doctrinal mayoritaria sustentada desde antaño sobre el término *engaño*, coincidente, pues, en lo esencial de su naturaleza, con la utilización por el sujeto activo de cualquier procedimiento fraudulento susceptible e idóneo por sí mismo para desencadenar una situación de *error* en la víctima, de edad comprendida entre los *trece y dieciséis años*, al inducirla a consentir la realización del abuso sexual, aunque, lógicamente, ha de tratarse de un consentimiento viciado. Algunos supuestos, en cambio, calificados con relativa frecuencia en otros tiempos por la jurisprudencia del TS como modalidad concreta de engaño, cual sucediera con la *promesa matrimonial incumplida*<sup>28</sup>, resultan hoy bastante menos factibles de defender atendiendo a los múltiples cambios experimentados en las valoraciones sociales vigentes respecto de ésta y similares situaciones. No obstante, en vía de excepción, la STS de 27 de septiembre de 2000 se ha referido a ciertos «engaños y ardidés» como integrantes del citado requisito legal.

De otra parte, el art. 183, paralelamente a los arts. 181 y 182 que le preceden, también recoge un tipo básico de abusos fraudulentos genéricos (art. 183.1 CP) y otro agravado de abusos cualificados (art. 183.2 CP), incorporando la última versión legal de este precepto todas las modificaciones introducidas en los dos anteriores de la mano de la LO 11/1999. Así, y en primer término, elevó el límite mínimo de la edad protegida a los trece años (doce, según la regulación del CP de 1995), aunque permaneció idéntico el límite máximo de dieciséis; en segundo lugar, eliminó del ámbito de los abusos cualificados la forma de conducta relativa a la introducción de objetos por vía bucal; y, finalmente, corrigió el desfase punitivo existente bajo la normativa anterior entre esta modalidad fraudulenta de abusos genéricos y la de prevalimiento del art. 181.3.

Efectivamente, en relación a este último aspecto, dicho desfase constituyó, a mi juicio, un *lapsus* del legislador de 1995, probablemente debido a la premura con la que se procedió a la tramitación parlamentaria y aprobación definitiva del nuevo CP, puesto que era incomprensible que mientras el abuso sexual *cualificado* de *prevalimiento* se castigaba con mayor pena (uno a seis años de prisión) que el *fraudulento* (seis meses a tres años de prisión) —diferencia punitiva ésta correcta, pues, como es lógico, siempre ha sido considerado más grave aquel medio comisivo que el engaño—, se conminara en

---

<sup>28</sup> Vid. al respecto, entre otras, las SSTS de 5 de noviembre de 1971 y 1 de julio de 1992. Sobre el tradicional concepto de «engaño» como medio comisivo del antiguo delito de estupro, ampliamente, vid. BOIX REIG, J., *El delito de estupro fraudulento*, Ed. Edersa, Madrid, 1979, en particular, pp. 277 y ss.



cambio con pena inferior el abuso *genérico* ejecutado *prevaliéndose* el agente de una relación de superioridad respecto de la víctima (multa de seis a doce meses) que el perpetrado *engañándola* (multa de doce a veinticuatro meses). Pues bien, la citada Ley de reforma reorganizó el mencionado desajuste punitivo llegando, incluso, a añadir a la sanción meramente pecuniaria vigente con anterioridad en el ámbito de los abusos fraudulentos genéricos, que tras la citada reforma se mantuvo idéntica, la alternativa de *prisión de uno a dos años*, e incrementando igualmente la sanción prevista por el CP de 1995 para los abusos cualificados (*prisión de dos a seis años*); a todo lo cual cabe sumar la agravación incluida en el apartado 2, último inciso, del art. 183, relativa, como en las demás figuras de abusos sexuales, a las circunstancias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del art. 180.1.

A riesgo de que tanto «incremento punitivo» pueda calificarse de «excesivo», dada la menor entidad que, sin duda, caracteriza a esta segunda categoría de infracciones, personalmente me reitero ahora en la opinión ya sustentada en su día cuando abordé el estudio de su nueva regulación por el texto punitivo de 1995: tanto el CP de 1995 como la ulterior reforma de 1999 desaprovecharon una excelente ocasión para subsumir los abusos sexuales *fraudulentos* del tipo autónomo del art. 183 en los de *prevalimiento* de los arts. 181.3 y 182.1 creando al efecto una figura delictiva única que aunara dicho medio comisivo con el *engañoso*, pues, no en vano, la práctica totalidad de los supuestos punibles de engaño en el marco del presente delito pueden reconducirse sin excesiva dificultad a la *superioridad manifiesta* de la que se aprovecha el agente, la mayoría de las veces debido a la habitual diferencia de edad existente entre él y su víctima (mayor de trece y menor de dieciséis años).

## 6. Aspectos subjetivos comunes a las agresiones y abusos sexuales

Los abusos sexuales, al igual que las agresiones, sólo pueden cometerse a título de dolo, que requiere por parte del sujeto activo conocimiento de que está realizando el acto sexual de que se trate atendiendo con ello a la libertad o indemnidad de la víctima, debiendo igualmente comprender la concreta situación en la que ésta se encuentre, es decir, en lo que ahora nos concierne, de su «minoría de trece años» o de la situación de «superioridad o prevalimiento» que ostenta sobre ella en los supuestos de consentimiento viciado, así como la relativa al empleo por su parte de cualquier mecanismo «engañoso o fraudulento».

De otra parte, para poder calificar de delictivo alguno de los comportamientos sexuales anteriormente descritos, la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria ha venido tradicionalmente exigiendo la concurrencia en el agente de un especial ánimo lúbrico, constitutivo de un *elemento subjetivo del injusto*, como consecuencia de considerar la presente infracción como un delito de *tendencia sexual*<sup>29</sup>. Personalmente, vuelvo a reiterar mi opinión negativa en torno a esta cuestión, manifestada ya desde los tiempos en que estaba vigente el antiguo delito de *abusos deshonestos*<sup>30</sup>, y que se resume en la idea de que, amén de no estar dicho ánimo lúbrico expresamente recogido en el texto del actual art. 178 —nunca lo estuvo tampoco en el anterior art. 430 del derogado CP—, ya se encuentra abarcado por el dolo del agente, no siendo pues necesaria la específica presencia del mismo para configurar el tipo subjetivo en ninguna de las dos modalidades de agresiones sexuales (tampoco en la cualificada del art. 179), puesto que es inherente a la propia naturaleza «agresiva» del hecho sexual ejecutado; opinión ésta que, si cabe, se afianza aún más a raíz de la reforma operada en este ámbito delictivo por el CP de 1995, en la medida en que, desde entonces, ha dejado de jugar ese papel esencial que algunos autores y cierta corriente jurisprudencial quisieron otorgarle bajo la antigua normativa erigiéndolo en elemento diferenciador entre (por ejemplo, como supuesto recurrente) los actos integrantes del derogado delito de agresiones sexuales del art. 430 y ciertas prácticas ginecológicas realizadas por facultativo en mujer, niña o adulta, ya que la configuración legal de ambos tipos penales bajo la rúbrica «de las agresiones sexuales» determinará si dichas prácticas son constitutivas de delito en función del tipo objetivo, es decir, de la presencia en ellas de uno de sus elementos integrantes: la *agresión* ejercida por el presunto autor; esto es, de la concurrencia de medios violentos o intimidatorios en la realización de los actos lúbricos, consecuentemente atentatorios entonces a la *libertad o indemnidad sexual* de la víctima, puesto que tales medios comisivos son los que, en definitiva, otorgan carta de naturaleza a la presente figura delictiva, cuyo desvalor de injusto no radica en la ejecución de actos de esta índole, sin más.

Como consecuencia de todo ello, no es posible la comisión imprudente de ninguno de estos tipos, quedando, de paso, excluida la posibilidad de calificar cualquiera de estas conductas como consti-

---

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, y entre otras tantas, lo entendió bajo la derogada normativa la STS de 5 de febrero de 1994, haciendo lo propio al amparo de la normativa vigente la STS de 27 de enero de 1997.

<sup>30</sup> Al respecto, con más detalle, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos*, cit., pp. 159 y ss.

tutiva de una mera falta de vejación injusta, lo que razonablemente ya reconoció en su día de forma contundente la STS de 22 de mayo de 1995. Además, y puesto que dicha versión imprudente no está legalmente prevista, dada la especial estructura y naturaleza de las infracciones que nos ocupan, resultarán impunes los eventuales supuestos de *error vencible de tipo* que en la práctica pudieran darse, particularmente en relación al «desconocimiento o conocimiento equivocado de la menor edad» de aquélla. De forma poco usual en cuanto al enjuiciamiento por nuestros tribunales de justicia respecto de conductas propias de este marco delictivo, la STS 411/2006, de 18 de abril, estimó, en cambio, la existencia de *error invencible de prohibición*, absolviendo al acusado de un delito de abusos del art. 181, perpetrado en «una joven de doce años, pero con madurez mental cercana a los diecisiete, y conocimiento y experiencia acerca del significado y consecuencias de ciertas relaciones sexuales», en tanto aquél adolecía de un bajo nivel cultural y de madurez, sensiblemente inferior a su edad cronológica. Quizás, dicha resolución debió tomar en consideración, a efectos absolutorios, las eximentes 1.<sup>a</sup> o 3.<sup>a</sup> del art. 20 CP, relativas a la eventual inimputabilidad en la que parecía hallarse inmerso el autor de los hechos.

## Bibliografía citada

ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona, 2004. ASÚA BATARRITA, *Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*, en «Análisis del Código Penal desde la perspectiva del género», Vitoria, 1998. BOIX REIG, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro», en CPC, núm. 1, 1977; *El delito de estupro fraudulento*, Madrid, 1979. BOIX REIG/ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999», en AP, núm. 35, 1999. CARMONA SALGADO, «Los delitos de abusos deshonestos en la doctrina del Tribunal Supremo», en RGLJ, núm. 1, 1980; *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981; «Comentario a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, sobre modificación del Título VIII, Lib. II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre», en *Addenda al Curso de Derecho penal. Parte Especial*, vol. I, dir. C. del Rosal, Madrid, 19; *Comentario a los artículos 178, 179 y 180 CP*, en «Comentarios al Código Penal», dir. C. del Rosal, EDERSA, Vol. VI, 2000; *Curso de Derecho Penal Español*, VVAA, dir. C. del Rosal, Madrid, 1996; *Compendio de Derecho Penal Español*, VVAA, dir. C. del Rosal, Madrid, 2000; y *La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente*, en «Estudios penales sobre violencia doméstica», coor. M. Cueva, Madrid, 2002. CASTELLÓ NICÁS, «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los

artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*», en *AP*, núm. 37, 1999. «Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho», en *Libro Homenaje al Profesor Torío López*, Granada, 1999. CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, Milán, 1959. DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981; *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en «Estudios de Derecho Judicial» CGPJ, n.º 21, 1999; *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. II, VVAA, coord. Díez Ripollés/Romeo Casabona, Valencia, 2004. ESCOBAR JIMÉNEZ, «Delitos contra la libertad sexual», en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998. GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria»; «La mujer y el Código Penal español», ambos en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990. GÓMEZ TOMILLO, «Derecho Penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político-criminal», en *Revista Jurídica de Castilla-León*, n.º 5, 2005. GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982; *Los delitos de agresiones y abusos sexuales*, en «Derecho y Opinión», núms. 3 y 4, Córdoba, 1995-1996. MONGE FERNÁNDEZ: *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Valencia, 2005. OCTAVIO DE TOLEDO, «Razones y sinrazones para una reforma anunciada», en *La Ley*, 30 de junio de 1997. OLMEDO CARDENETE, «Matrimonio y libertad sexual», en *La Ley*, 2 de febrero de 1998. ORTS BERRENGUER, *El delito de violación*, Valencia, 1981. ORTS/SUÁREZ— MIRA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001. POLAINO ORTS, «Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995», en *CPC*, núm. 67, 1999. RODRÍGUEZ RAMOS, «Consumación y prescripción del estupro-engaño», en *CPC*, núm. 2, 1977; «Criterios criminológicos y psicológicos respecto a la edad de la estuprada», en *Temas de Derecho penal*, 1997. SUÁREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995. VEGA RUIZ, «Los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio», en *PJ*, núm. XII, 1989.