

PENAL. Los abusos sexuales. 1. INTRODUCCIÓN. . El CP dedica el Título VIII del Libro II a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, arts. 178 a 194 divididos, después de la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, en 7 capítulos: I. Agresiones sexuales. II. Abusos sexuales. II bis. Abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años. III. Acoso sexual. IV. Exhibicionismo y provocación V. Prostitución y corrupción de menores, y VI. Disposiciones comunes.

Tradicionalmente se englobaban bajo la rúbrica de «delitos contra la honestidad», que se mantuvo hasta la reforma de la LO 3/1989, donde la nomenclatura era de delitos contra la libertad sexual, en la idea de apuntalar el bien jurídico protegido y que supuso una modificación en profundidad de tales delitos. Originariamente, el texto de 1995 hablaba tan sólo de delitos contra la libertad sexual. La inclusión, en la rúbrica legal, de la indemnidad sexual, vino de la mano de la reforma por LO 11/1999. 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, la mencionada reforma 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 posteriormente retomada por la LO 11/1999. Posteriormente la LO 11/2003, 15/2003 y 5/2010, incidirían en estas conductas.

En estos tipos se protege un aspecto concreto de la libertad de la persona que se refiere a un ámbito muy específico de su autonomía, que es la libertad sexual. Lo que supone el reconocimiento del derecho de toda persona de expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea por conveniente, lo que supone desde el punto de vista negativo, el derecho de toda persona a no ser

condicionado en la esfera sexual ni en el ejercicio de su propia sexualidad, que es en definitiva lo que se protege.

Ahora bien, este no es el único bien jurídico que se protege, doctrinalmente se mantiene que en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor o un incapaz, estos no pueden ser objeto de protección de una libertad de la que carecen, al no tener capacidad de decisión, manteniéndose que en estos casos lo que se protege es la intangibilidad o la indemnidad sexual, cuestión que reconoce el legislador con la rúbrica actualmente utilizada.

La SAP de Barcelona (Sección 9.ª) núm. 252/2008 de 20 octubre dice que, el bien jurídico protegido no es la honestidad, como lo fuera en tiempos pretéritos, sino la libertad sexual, que se define en la STS 6 de noviembre de 1992 en el siguiente sentido: «Toda persona humana, cualquiera que sea su actividad y su condición, tiene derecho irrenunciable a decidir sobre su sexualidad. Como ha dicho con acierto la doctrina científica, el bien jurídico protegido es la libertad sexual en su doble faceta de autodeterminación o disposición libre de su potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto, sin su consentimiento, en una acción sexual». En parecidos términos, la STS 18 de octubre de 1993 dice: «Se quebranta, se vulnera y se menoscaba la libertad sexual porque se hace caso omiso de la voluntad de la persona violada, agraviada y ultrajada, viniendo así a contemplarse, en unidad de concepto, la voluntad como sinónimo de libertad. Libertad sexual que, defendiendo quizá la faceta más trascendente de la naturaleza humana, permite a la persona, hombre o mujer, desarrollar sus deseos sexuales hasta donde quiera, y comoquiera, según sus apetencias y según le permita obviamente la pareja en el consenso que ha de presidir este tipo de relaciones dentro de la más absoluta igualdad de los sexos».

ATENCIÓN. El bien jurídico protegido en los delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del CP es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o

libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual. La libertad sexual se la puede considerar como denominador común de los bienes objeto de protección, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor o una persona de cuyo trastorno mental se abusare, se deba valorar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad o intangibilidad sexual, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo.

La reforma del CP por LO 5/10 de 22 de junio, en el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, procede a trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello se introduce un nuevo art. 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado

child grooming, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco referida a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el art. 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1 a) del art. 189. En relación al delito de prostitución se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se crea la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el art. 39, fijándose su contenido en el art. 46. Esta nueva pena tiene el carácter de principal en los supuestos previstos en el art. 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los arts. 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

ATENCIÓN. La LO 5/10 de 22 de junio crea un capítulo específico el II bis dentro del Título VIII bajo la rúbrica «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por tanto, todas las referencias a los menores de 13 años del texto anterior se regulan ahora en el nuevo art. 183. Además introduce en este capítulo el art. 183 bis donde se regula el denominado child grooming, esto es la propuesta de encuentro sexual con menores a través de Internet u otro medio de comunicación. En general, la reforma aumenta la penalidad y tipifica nuevas conductas de pornografía infantil.

2. LOS ABUSOS SEXUALES

Mientras que en los tipos de agresión sexual la acción típica exige un medio comisivo de violencia o de intimidación para vencer la voluntad contraria de la víctima y lograr así una relación sexual no consentida, en los tipos de abuso, dentro de la esfera a que pertenecen todos como delitos contra la libertad sexual, el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda valorarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual. Sobre ese fundamento común, la STS 35/2009 de 5 enero, añade, se articulan los distintos supuestos de la acción típica, que encierran esa común desvaloración de una relación sexual obtenida sin el apoyo de un acto verdaderamente libre por quien solo aparentemente consiente sin ejercer con ello su verdadera libertad. Tales supuestos se dan por carecer de condiciones personales o físicas necesarias para determinarse libremente en el ámbito de las relaciones sexuales, o por encontrarse en circunstancias vivenciales o existenciales tales que no sea posible en ellos una libre decisión en ese campo:

- A lo primero se refiere el art. 183.1 CP, cuando considera abusos sexuales no consentidos los ejecutados sobre menores de trece años y el art. 182.2, en redacción dada por LO 5/10 de 22 de junio al establecer: «2. A los efectos del apartado anterior se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto», pues la falta de desarrollo psicofísico, en el caso de los menores de trece años, o el padecimiento o estado sufrido en el caso de los privados de sentido y los trastornados mentales, son causas físicas, u

orgánicas, es decir, corporales que hacen inidóneo al sujeto para desarrollar en su interior un verdadero consentimiento libre en lo sexual, bien carecen de voluntad y el consentimiento es ineficaz en los casos de uso de narcóticos o sustancias similares idóneas.

- A lo segundo, lo circunstancial o vivencial, se refiere el art. 181-3.º al imponer la misma pena como abuso sexual cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; supuesto éste en que el consentimiento nace condicionado por una situación de inferioridad experimentada por el sujeto en términos que, sin eliminarla, restringe su libertad, en cuanto reduce las posibilidades reales de la decisión, y de lo cual se aprovecha el sujeto activo prevaleándose de su superioridad.

La STS 30 de octubre de 2005 resume las figuras del delito de abusos sexuales, señalando que «la jurisprudencia de esta Sala ha establecido como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como "agresión sexual" del art. 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los arts. 179 y 180 del CP, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el art. 181 como "abuso sexual", con tres tipologías distintas:

- A) La básica del número 1.º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento.
- B)
- C) La agravada del número 2.º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menor de trece años o sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece

años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto.

C) La del número 3.º, en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado "abuso de prevalimiento". Cada una de las tres tipologías posibles de "abuso" sexual previstas en el art. 181 -y diferenciadas de las de "agresión" del art. 178 y ss.- es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del art. 181. Esas agravaciones son precisamente las del art. 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del art. 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento.

Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al art. 181 por otras más graves cuando el "abuso sexual" -esto es el delito de que se trate según el art. 181- consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal -en la redacción vigente al cometerse los hechos anterior a la reforma LO 15/2003 de 25.11- lo que constituye la agravación del art. 182 párrafo primero; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo art. 182.

En definitiva, ninguno de los párrafos del art. 182 es tipológicamente autónomo, sino que representan agravaciones de los "abusos sexuales" previstos en el art. 181 (de igual modo que lo son también los arts. 179 y 180 respecto a la agresión sexual del art. 178), siendo aplicables cuando la acción, calificable como abuso sexual según el art. 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el art. 182. Así lo evidencia en primer lugar la utilización por el art. 182, en su previsión típica, del concepto de "abuso sexual" que sólo se describe en el art. 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento -que es lo esencial en el abuso- mientras que el art. 182, presuponiendo lo abusivo se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación o contenido sexual, que justifican por ello mismo una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima (STS 824/2004 de 2.7).

El delito de abusos sexuales se caracteriza por el atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento (que es el tipo básico del art. 181.1 del CP), del que forma parte el apartado segundo de mencionado precepto, que únicamente presume legalmente la irrelevancia del consentimiento, como norma interpretativa, al decir, en la redacción vigente, que "a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años" (entre otros supuestos) y el apartado tercero, que no es sino una faceta más de la obtención viciada del consentimiento, en este caso, prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; todos ellos se castigan con la misma pena, y no son tipos penales distintos de abusos sexuales, sino el mismo delito, por participar de la misma naturaleza, tanto en el dolo del actor, como en la ejecución delictiva, y que únicamente disciplinan la obtención del

consentimiento, irrelevante por razón de la edad de la víctima (equiparándose el consentimiento prestado por personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse), o finalmente viciado tal consentimiento cuando el culpable abuse o se prevalega de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima...» (STS 2343/2001, de 11 de diciembre).

Se configuran 3 tipos de abusos sexuales, que por la conducta activa podrán ser sin introducción o con introducción:

1. Abusos sexuales no consentidos:

Sobre menores de 13 años.

Sobre personas privadas de sentido.

Abusando de su trastorno mental.

Los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Abuso sexual de prevalimiento.

3. Abuso sexual fraudulento o mediante engaño.

Por otro lado, cabe afirmar que el art. 74 del CP permite expresamente la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva, en su apartado número 3, ya que explicita claramente que «quedan exceptuados de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». La jurisprudencia admite en determinados supuestos, y cuando concurren determinados requisitos, dicha continuidad delictiva.

Así, la STS de 11-12-2006, con remisión a sentencias anteriores de la misma Sala Segunda, afirma que «se admite la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo. Ahora bien, no es posible cuando existe una separación temporal muy nítida que impide apreciar esta construcción delictiva».

Como dice la STS de 5 de julio de 2005, no podemos hablar de continuidad delictiva, cuando los delitos se producen con un modus operandi diferente, pero, sobre todo, se encuentran muy distanciados en el tiempo. En este sentido, la STS 523/2004, de 24 de abril, ya señaló que desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a un mismo modus operandi, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; e) unidad de sujeto activo; f) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de

actuación afines. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 11-10-2004 cuando afirma que «... Como expresa la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 1998, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera "realidad jurídica" que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva».

Si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva. En el mismo sentido la SAP Madrid núm. 99/2008 (Sección 23), de 9 julio.

2.1. Tipo básico. Sin introducción

Establece el art. 181 CP en su apartado 1:

«1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses».

ATENCIÓN. Se define el abuso sexual en el apartado primero del art. 181, como la realización de actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otro sin violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento válido.

Debe insistirse en la nota diferenciadora de las agresiones sexuales por la inexistencia de violencia o intimidación. Su delimitación, por imperativo legal,

ha de hacerse negativamente, de manera que en los abusos se incluyen todos los ataques a la libertad sexual realizados sin violencia o intimidación, y además aquellos supuestos que no supongan la existencia de una voluntad viciada por prevalimiento de una situación de superioridad (art. 181-3 CP) o por mediar engaño (art. 183 CP), o en los casos de inexistencia de capacidad para prestar el consentimiento (art. 181-2 CP).

De acuerdo con la STS de 21 de marzo de 2007, el art. 181.1 del CP exige, pues, un primer elemento de carácter negativo constituido por la ausencia de violencia o intimidación que, de existir, darían lugar a la agresión sexual, y un segundo elemento, del mismo carácter negativo, constituido ahora por la ausencia de consentimiento, cuya presencia, de ser válido, daría lugar a una conducta lícita al tratarse de personas mayores de edad con pleno conocimiento.

Respecto del ilícito que nos ocupa, tiene declarada la STS de 18 diciembre 2007, como características definitorias:

- a) La concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades -salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos-.
- b) Que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél, y
- c) Un elemento subjetivo, el «ánimo libidinoso», o propósito de obtener una satisfacción sexual.
- d) A los que cabe añadir, la caracterización negativa en los términos referidos por constituir otros tipos, abuso con prevalimiento, con engaño o no consentidos.

En el mismo sentido la SAP de Madrid (Sección 23.ª) núm. 99/2008 de 9 julio, establece que el tipo básico del delito de «abusos sexuales», requiere para su existencia: a) la ejecución de actos que atenten contra la libertad sexual de una persona, elemento este que es el común con los delitos de agresión sexual, de igual modo que el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer; siendo esta infracción prevista en el art. 181 el tipo penal paralelo al tipo descrito en el art. 178, pero sin mediar violencia o intimidación; b) la acción típica ha de llevarse a efecto sin violencia o intimidación, ya que es éste el elemento diferenciador con el delito de «agresión sexual», y sin que medie consentimiento por parte de la víctima. Es pues un tipo básico y como tal residual, por lo que cuando se produzcan las especificaciones típicas de la situación de la víctima (art. 181.2) o las maneras de obtener con prevalimiento el consentimiento (art. 181.3) o con relación a la edad de la víctima, se aplicarán, por mor del principio de especialidad, estos tipos penales y no el tipo básico del art. 181.1 del CP.

La STS de 11-12-2006 también describe estos requisitos cuando dice que «Los elementos integrantes del delito de abuso sexual son los siguientes: a) un requisito objetivo, que estriba en una acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona; b) un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva, y c) el elemento consistente en la vulneración de la libertad sexual o indemnidad sexual de la víctima, sin emplearse violencia e intimidación contra ella y sin que medie consentimiento, considerándose abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años o por estar enajenada o privada de razón o sentido la víctima de los mismos, no siendo tampoco válido el consentimiento cuando se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

ATENCIÓN. La jurisprudencia, en torno a los elementos definidores de este delito, señala que sus características son: a) un elemento objetivo o de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual, cuya variedad es múltiple siempre que no represente un «acceso carnal», agrediendo así la libertad sexual del sujeto pasivo; b) que ese elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan sobre personas incapaces de consentir; c) un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta y que se expresa en el clásico «ánimo libidinoso» o propósito de obtener una satisfacción sexual.

2.2. Abusos sexuales no consentidos

Señala el art. 181-2 en relación al apartado 1 que:

«A los efectos del apartado anterior se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

La LO 5/10 de 22 junio elimina la referencia a la consideración de los abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años al regularse en capítulo aparte, y con carácter novedoso introduce la referencia a la anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto que la jurisprudencia asimilaba.

2.2.1. Sobre personas privadas de sentido

ATENCIÓN. En estos casos se presume la falta de capacidad para consentir, por darse una situación, total o parcial de inconsciencia, donde el sujeto pasivo

no está en condiciones ni de aceptar ni de captar el acto sexual en el que se le involucra, pero a diferencia del abuso sobre menores de edad, la presunción es *iuris tantum*, se admite prueba en contrario. Tradicionalmente se entendía en esta situación la persona que ha perdido el conocimiento, desmayada, anestesiada, drogada o embriagada.

La STS 680/2008 de 22 octubre, ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 CP, el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo.

Por tanto, se incluye dentro del privado de sentido situaciones en los que la pérdida de la conciencia no es total, pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción, bastando, pues, una disminución de las facultades anímicas que le hagan inerte a los requerimientos sexuales.

Así la SAP de Madrid (Sección 23.^a) núm. 145/2008 de 17 octubre, recoge un abuso en los que el acusado realiza un acto de inequívoco contenido sexual como es penetrar a la víctima por vía vaginal sin contar en absoluto con su consentimiento y aprovechándose de la situación de su víctima en ese momento, que se encontraba incapacitada de mostrar su desagrado, o de negarse o resistirse de algún modo al contacto sexual, al encontrarse

profundamente dormida después de una abundante ingestión de alcohol. No obstante, cuando la víctima despertó y fue consciente de lo que había hecho el acusado, le puso de manifiesto de forma muy clara su rechazo a lo que había pasado. Por tal razón se considera aplicable el párrafo 2 del artículo 181 del CP, entendiendo, como lo hace la Jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, que los supuestos de estado de somnolencia son equiparables a los de privación de sentido. (En este sentido, SSTs de 14-10-2005 o de 23-1-2004).

En cuanto al sueño, es claro que en ese momento hay falta de consentimiento, si se despierta la víctima y se opone y existe fuerza, cabe plantear la aplicación del art. 178 de agresión sexual.

2.2.2. Abusando de su trastorno mental

Las situaciones de trastorno mental deben entenderse como sinónimos de enfermedad mental grave que conlleva una limitación de las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto pasivo que le impidan conocer y comprender el significado de sus actos de contenido sexual, incluyendo situaciones de trastorno mental transitorio. Por tanto, lo que determina que una persona en ese estado mental tenga sus facultades volitivas e intelectivas tan disminuidas que no pueda asumir de forma consciente y voluntaria el hecho de tener relaciones sexuales con terceros de forma libre, ya que es esa situación de disminución mental de la víctima lo que determina la situación de aprovechamiento por parte de los terceros, lo que constituye la esencia del tipo penal. Así las cosas, el art. 181.2.2.^o recoge una presunción de abuso sexual inconsciente cuando se comete con personas privadas de sentido o con trastorno mental abusando del mismo y este abuso se cualifica y determina en la práctica de la prueba del juicio oral para llegar a la convicción de la situación de aprovechamiento del estado mental de la víctima.

La legislación anterior se refería a abuso de su enajenación, que se ha modificado por trastorno, concepto mucho más amplio comprensivo de cualquier alteración psíquica.

Se requieren 2 condiciones para entender la falta de consentimiento:

- que el sujeto pasivo padezca trastorno mental;
- que el culpable abuse de esa enfermedad.

ATENCIÓN. En la idea de que no toda persona con trastorno mental pueda tener limitada su autodeterminación sexual, se refuerza el requisito de que el sujeto ha de aprovecharse de tal estado para la obtención de la relación sexual, por lo que no basta la alteración mental, sino que ha de ser conocida por el sujeto activo y aprovechada por el mismo.

La STS 427/2008 de 4 julio, lo aprecia en un retraso mental moderado. El problema puede centrarse en los retrasos leves o border line en los que la jurisprudencia suele rechazarlo, por estimar que en estos casos no se encuentra anulada la capacidad de autodeterminación sexual, aunque habrá que analizar caso por caso la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual y valorar la posibilidad en estos casos del abuso con prevalimiento.

Cabe recordar que en el retraso o deficiencia mental se diferencian grados distintos, es decir, retraso ligero, moderado, severo y profundo, de los que se hace eco la Organización Mundial de la Salud al distinguir la deficiencia mental ligera (cociente intelectual entre 50 y 70), moderada (cociente entre 35 y 50), severa (de 20 a 35) y profunda (cociente inferior al 20%). Así, en un cociente intelectual en el límite de lo que se ha denominado «debilidad mental» (entre el 50% y el 70%), próximo a la simple torpeza mental, no cabría apreciar la situación del trastorno mental a que se refiere el art. 181.2 del vigente CP, puesto que tan leve retraso no es incompatible con la capacidad de

autodeterminación sexual. Así lo ha entendido el TS, excluyendo en su día la aplicación del art. 429.2 del anterior Código, es decir, la enajenación, equivalente al actual trastorno mental del art. 181.2, en los supuestos de debilidad mental moderada o leve entendiendo que en tales casos no se anula la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo. Si bien, respecto de la debilidad mental moderada la STS 427/2008 de 4 julio, aprecia el delito en un caso de retraso mental moderado como se ha señalado.

2.2.3. Abuso sexual por anulación de la voluntad mediante uso de sustancias
Introducido por la LO 5/10 de 22 de junio, tales supuestos venían acomodándose a la previsiones de la persona que se hallare privada de sentido, se refiere a la administración de sustancias naturales o químicas con carácter finalístico para abusar sexualmente de la víctima. Por tanto usando fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de una persona.

2.3. Abuso sexual por prevalimiento

Establece el art. 181.3 en relación con la pena del apartado 1:

«3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima».

El CP de 1995 configuró de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del CP de 1973, «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual. Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir,

que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

- 1.º Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.
- 2.º Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3.º Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre).

En esta dirección, la STS 1015/2003 de 11.7, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de

consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida.

En efecto, el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

La jurisprudencia del TS ha reiterado al interpretar esta figura delictiva, que el abuso sexual caracterizado por el prevalimiento requiere que el autor se encuentre en una manifiesta situación de superioridad, que tal situación influya sobre la libertad del sujeto pasivo del delito y que el autor sea consciente de la misma y la utilice para lograr el consentimiento que, de esta forma aparece condicionado de forma espuria, o viciado. El delito no existe sin que se pruebe que la situación de superioridad o de ventaja en que se encontraba el autor tuvo influencia o intervino en la formación de la voluntad de la víctima, condicionándola de forma concluyente y obteniendo su consentimiento así viciado. Esta situación de superioridad ha de ser el mismo tiempo notoria y evidente (manifiesta), es decir, objetivamente apreciable y no solo percibida subjetivamente por una de las partes, y también eficaz, con relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

La STS de 18 de septiembre de 2003 indica que la subsunción en la figura delictiva del art. 181.3 del CP requiere, en primer lugar, la existencia de una relación de superioridad del sujeto activo con relación al pasivo y, además, que esa situación sea aprovechada, prevalimiento, por el sujeto activo para la relación sexual. Este segundo requisito, elemento subjetivo y perteneciente a la esfera íntima del sujeto activo, debe ser acreditado a través de inferencias racionales que permitan acreditar que el sujeto se aprovecha y tiene conciencia de la situación de superioridad y de la desigualdad existente de la que obtiene la ventaja para la realización del acto sexual, en este caso, del acceso carnal.

La STS 935/2006, de 2 octubre, recuerda que estamos ante delitos «contra la libertad sexual», lo que supone que cada persona pueda aceptar o rechazar a su razonable criterio una relación, que si le es impuesta, resulta sancionable aunque se produzca en el marco del matrimonio o de las relaciones de una pareja estable. Por ello, la motivación del consentimiento es irrelevante si el motivo no ha sido creado por el sujeto activo mediante engaño o coacción. Aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por prevenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto. Por tanto, en principio es concebible que una persona mayor de edad, válida física y psíquicamente se encuentre en una situación que le obligue a mantener una relación que no desea, aun sin la concurrencia de fuerza física o amenaza alguna (STS 2103/2002 de 12.12). Como ocurre en el caso estudiado en la STS 935/06, que se produce en una vivienda con los dos acusados y unos amigos suyos a los que conoce siendo la víctima una extranjera que desconoce el idioma castellano. Tensa situación en la que ante la actuación brusca de uno de los acusados, con el propósito de poner fin a la misma, aun sin producirse una agresión física, se somete a un contacto sexual con ambos, que aunque

había existido en alguna ocasión anterior con uno de ellos, en ese momento por razones que sólo a ella competen, ni quería ni aceptaba ni consentía en la forma en que le era solicitado, como lo demuestra su inmediata conducta posterior acudiendo a Comisaría ese mismo día, denunciando unos hechos de los que se consideraba víctima.

Sin embargo es criterio dominante que, cuando falta la violencia y la intimidación, el supuesto del art. 181.1 CP -ausencia de consentimiento- queda reducido a los supuestos previstos en el apartado 2.º, y a otros residuales perpetrados furtivamente aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo -sueño profundo, suplantación de la pareja, reconocimiento ginecológico abusivo-. Por ello, parece más adecuado incardinar la conducta descrita en el apartado 3.º del citado art. 181 -cuando el consentimiento se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima-, que en este caso deriva de las concretas circunstancias físicas y ambientales de las que valieron a los dos acusados para conseguir su propósito. Conducta que a partir de la LO 11/1999 de 30.4, tiene la misma pena que la prevista en los apartados anteriores.

El abuso sexual con prevalimiento, dice la STS 937/2000 de 26.5, supone un consentimiento de la víctima, al acto de contenido sexual, viciado por unas especiales circunstancias que reducen su libertad de decisión, lo que es aprovechado por el autor. En el caso, la presencia de un consentimiento viciado se reduce de las circunstancias que concurrieron en el suceso -el espacio físico y geográfico en el que se desarrolló el evento, el número de los sujetos activos y la dificultad de comunicación de la víctima por no hablar el castellano, lo que dificultó la comprensión de su oposición al acto sexual-. Todo ello permite alcanzar que el consentimiento se obtuviera prevaliéndose los

agresores de su situación de superioridad manifiesta y, en consecuencia, los arts. 181.3 y 182 han sido correctamente aplicados.

La SAP de Madrid (Sección 5.ª) núm. 121/2008 de 20 octubre, en un supuesto en que el procesado, de 42 años de edad, mantuvo con su alumna de 14 años, relaciones sexuales completas, para lo que se sirvió decisivamente y abusivamente de su condición de profesor. Señala: «Al no ser de aplicación el abuso sobre menor de 13 años, la Ley requiere prueba expresa de que su consentimiento no fue libremente prestado, como así ha resultado probado. Su edad impide que los hechos puedan considerarse realizados sin su consentimiento. Por su edad, próxima a la de la prohibición absoluta de las relaciones sexuales, representa el primer indicio mayor de que su aquiescencia, o aceptación de las mismas, se hallaba condicionada esencialmente por el ascendiente del procesado sobre ella no debiendo juzgarse libremente prestada. Junto a la edad, la diferencia de edad con el procesado y la condición de profesor de éste acreditan la existencia de prevalimiento. En efecto el prevalimiento, que representa el elemento característico del delito, equivale a la utilización en provecho propio e ilícito de una relación de desigualdad. En esto debe diferenciarse el delito cometido por el procesado del abuso sexual perpetrado mediante engaño. Pues la posición de superioridad es real, preexiste al hecho y no constituye un ardid, o estratagema, o desfiguración de la realidad urdidas para manipular la voluntad ajena.

Consiste la infracción delictiva considerada en servirse abusivamente de la situación de inferioridad en que otro se halla, nacida en este caso de la falta de experiencia vital y del deber de sumisión, obediencia y respeto del alumno frente al profesor. Nacida, pues, de la inexperiencia característica de los trece o catorce años de edad, al menos en comparación de la experiencia de la vida de

un hombre que tiene más de cuarenta -es decir, como reconoció el propio procesado, veintiocho años de diferencia de edad-, y nacida también además del hecho de tratarse, la preexistente entre ambos, de una relación profesor-alumna. Pues la relación docente, de forma semejante a las relaciones familiares o a la relación entre el médico y el paciente, por ejemplo, es un ámbito que debe ser preservado del sexo. La relación en la que una persona enseña y otra aprende es una relación de desigualdad, puesto que quien enseña tiene experiencia y conocimiento de las cosas y quien no lo tiene y por ello ha de aprender, debe respeto y acatamiento a su autoridad. A esa relación le es esencial la confianza, depositada por el alumno en la rectitud de intención, el conocimiento y la enseñanza de su profesor y, por tal razón, representa un abuso de la relación preexistente entre ambos que el profesor acceda sexualmente a una discípula.

Así pues, no resulta decisivo ni significativo el que hubiese sido la discípula de trece años quien tomase algún tipo de iniciativa en el desencadenamiento de la situación. Ello no exonera de ninguna forma la responsabilidad de quien era su maestro, porque no le exime de su deber de abstenerse de seguirla, de respetar su falta de experiencia y de no abusar de la situación en que su criterio será escuchado y atendido por quien carece de recursos críticos frente a él. Tampoco pueden hacerlo los sentimientos personales del profesor. El Tribunal no tiene motivos para dudar de su existencia, ni para olvidar la complejidad de las relaciones humanas. Pero aunque también hayan estado presentes, la Ley no permite tomarlos en cuenta de ninguna forma, para excluir o atenuar la gravedad del hecho, ni autoriza a efectos jurídico-penales a juzgarlos más sinceros que lo que ha aparecido como propósito relevante y decisivo que guió su conducta, de la persecución de su propio interés particular al mantenimiento de relaciones sexuales con la menor, haciendo de su alumna menor de edad, de trece años y carente de experiencia, el objeto del mismo.

Que se trataba en efecto de un interés personal y egoísta, desatento del interés de ella y de su derecho a un aprendizaje de la sexualidad en correspondencia con su edad y adquisición de experiencia propia para decidir, ha debido concluirse necesaria y claramente de la prueba practicada. De la que ha resultado, no sólo el conocimiento de las circunstancias objetivas por parte del procesado, la edad de ella, la diferencia de edad y su condición de alumna de él, sino su mala fe al actuar o consciencia de la prohibición social y cultural, además de jurídica, que pesaba sobre sus relaciones sexuales. No puede llegarse a otra conclusión distinta a ésta, habida cuenta de que los encuentros entre ambos se desarrollaban por iniciativa e indicación del procesado, en la más completa clandestinidad y ocultamiento, buscando para ello aulas vacías, cuartos de baño y la ausencia del domicilio familiar de los padres de ella, a más de haber mentido ambos deliberadamente sobre la existencia de los mismos y, en particular, de haber mentido deliberada y directamente el profesor, también al padre, sobre la existencia de la relación. Todo lo cual aparece racionalmente incompatible con la creencia sincera en que entre ambos existía una relación puramente amorosa a pesar de la diferencia de edad y una relación de equilibrio y de igualdad o, al menos, una relación de desequilibrio en la que la parte más débil o más vulnerable de las dos hubiera estado en condiciones de decidir libremente acerca de la misma».

La STS 35/2009 de 5 enero, refiere que «esta modalidad típica es apreciable en muy distintas situaciones y variadas circunstancias. Pero no significa que se encuentren dentro del ámbito de lo típico todos los casos en que se aprecie cualquier desigualdad entre las personas, o una falta de equilibrio o paridad de capacidades, situaciones personales o posibilidades reales de influir, convencer o conducir el ánimo o la decisión del otro. Es necesaria una manifiesta superioridad y un prevalimiento de ella en términos tales que resulten incompatibles con un verdadero ejercicio de la libertad personal, entendida como capacidad de autodeterminarse. En primer lugar la edad de la

víctima, por sí sola irrelevante cuando alcanza el límite de los trece años, en que el legislador ha querido situar la capacidad de consentir relaciones sexuales, puede tener significación, si se le unen otros datos que en conjunto denotan el prevalimiento del tipo». Sin embargo, en el caso que aborda, «señala que ni la edad era tan relevante, teniendo la joven quince años y el acusado veintiocho años, ni la convivencia en el domicilio familiar de ella colocaba al acusado en posición de superioridad, siendo un empleado o dependiente de la familia, ni tampoco su mayor experiencia vital a que alude el hecho probado origina la inferioridad de la joven. Los estudios de la menor son irrelevantes; en efecto una profunda incultura puede situar a la víctima en posición de inferioridad manifiesta si llega su ignorancia al desconocimiento del significado y alcance de las relaciones sexuales. Pero esto es algo muy distinto del escaso nivel académico alcanzado por la menor, que no por haber estudiado sólo hasta Primero de Eso está en condiciones limitadas para decidir sus relaciones sexuales como estime oportuno, de modo absolutamente libre. Finalmente es claro que la Sala de instancia consideró otros factores de posible presión social o familiar; pero no los explicitó, refiriéndose imprecisamente a "circunstancias generadas en su entorno social". Como no dice la Sala cuáles sean esas circunstancias no es posible admitir que por ellas se limitara "su capacidad de respuesta". En conclusión: los hechos declarados probados en el relato fáctico de la Sentencia de instancia no reúnen las exigencias y elementos del tipo de abuso sexual de prevalimiento del art. 181-3.º del CP por el que ha sido condenado el recurrente».

2.4. Abuso sexual fraudulento

El art. 182 CP (antes de la LO 5/10 art. 183) regula de forma autónoma e independiente respecto de los restantes abusos sexuales, los 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. Establece el art. 182 vigente:

«1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a, o la 4.^a, de las previstas en el art. 180.1 de este Código».

La reforma por LO 5/10 sustituye la expresión «cometiere abuso sexual» por realizar «actos de carácter sexual».

ATENCIÓN. Se sancionan, en definitiva, las conductas donde el sujeto accede al acto sexual con un consentimiento viciado por el engaño. En función del acto sexual de que se trate, al igual que en los otros tipos, con o sin introducción se construyen el tipo básico, el tipo agravado y los subtipos agravados. La reforma operada por LO 5/10 cambia la numeración del precepto y sustituye la expresión «cometiere abuso sexual» por realizar «actos de carácter sexual».

Tradicionalmente se consideró limitado el tipo a la promesa de matrimonio, aunque actualmente la falsa promesa de matrimonio ha decaído como prototipo de estos tipos, planteándose la cuestión más propiamente sobre la idoneidad del engaño para estimar la figura. Por tanto, no sólo la promesa matrimonial incumplida, sino cualquier medio fraudulento que determine un vicio de la voluntad del sujeto pasivo, puede integrar el tipo, lo que debe interpretarse restrictivamente, así por ejemplo se ha admitido en caso de fingir estado civil de soltero, o ante la promesa falsa de dar trabajo, no admitiéndose jurisprudencialmente en caso de incumplimiento de entrega de dinero.

La edad del sujeto pasivo se encuentra limitada entre los 13 y los 16 años.

ATENCIÓN. El término engaño es sinónimo 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.

2.5. Tipo agravado. Mediante introducción

Señala el art. 181.4 CP en relación con el art. 181 CP:

«1. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años».

La LO 5/10 cambia la ubicación de este precepto que antes se regulaba en el art. 182.1 CP.

ATENCIÓN. En definitiva, lo sustancial es que el abuso se comete por los medios especificados mediante introducción carnal vía vaginal anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos vía anal o vaginal. Respecto al acceso carnal e introducción de miembros u objetos, y demás elementos, estos son comunes a la agresión sexual y nos remitimos a lo dicho en dicha sede.

La SAP de Madrid (Sección 23.^a) núm. 99/2008 de 9 julio, afirma que la doctrina científica señala que el delito de abuso sexual contemplado en este precepto no es sino una agravación de la conducta descrita en el art. 181 del CP que describe el tipo básico del delito de abuso sexual realizando sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento. En consecuencia, sigue diciendo la doctrina, que cada una de las tres tipologías descritas como posibles delitos de abuso sexual en el art. 181 -y diferenciadas de lo que es la agresión sexual del art. 178 y ss. del CP-, es a su vez susceptible de presentar el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del art. 181. Estas agravaciones son precisamente las del art. 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto a que incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual de comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los

tipos del art. 181 sentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento. Y este desvalor de los subtipos, continúa señalando la doctrina científica, se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al art. 181 por otras más graves cuando el abuso sexual, esto es, el delito de que se trate según el art. 181, consista en acceso carnal, introducción de miembros corporales o de objetos o penetración bucal o anal, lo cual constituye la agravación prevista en el art. 182, párrafo 1.º del CP; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el número 2 del mismo art. 182 del CP. En definitiva, como se viene afirmando, ninguno de los dos párrafos del art. 182 son autónomos sino que representan agravaciones de los abusos sexuales previstos en el art. 181 del CP (al igual que los arts. 179 y 180 son agravaciones del delito de agresión sexual del art. 178 del CP), siendo aplicables cuando la acción calificable como abuso sexual según el art. 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el art. 182. Y así lo evidencia, en primer lugar, la utilización por el art. 182, en su previsión típica, del concepto de abuso sexual que solo se describe en el art. 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento -que es lo esencial en el abuso-, mientras que el art. 182, presuponiendo lo abusivo, se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación y contenido sexual, que justifican por ello una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima. Y de otra parte, así lo evidencia también el que el art. 182 establezca expresamente sus agravaciones de penas para los «casos de falta de consentimiento», que son los previstos en el art. 181.1 y 2, y los «de abuso de superioridad», previsto en el art. 181.3 del CP «(STS de 5-5-2000)».

2.6. Agravaciones específicas

2.6.1. Abuso sexual sin introducción

Dice el art. 181.5:

«Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.^a o la 4.^a, de las previstas en el apartado 1 del art. 180 de este Código».

Estas circunstancias del art. 180.1 son:

«3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183.

4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima».

2.6.2. Abuso sexual con introducción

Señala el art. 182.2 en idéntica regulación que para los abusos sin introducción que «la pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.^a o la 4.^a, de las previstas en el art. 180.1 de este Código».

3. ABUSOS SEXUALES A MENORES DE 13 AÑOS

3.1. Introducción

Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello la reforma del CP operada por LO 5/10 de 22 de junio procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del CP, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra

menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello se introduce un nuevo art. 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado child grooming, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En consecuencia, con la reforma referida, las agresiones y abusos a menores de 13 años, se independizan del resto de delitos contra la libertad sexual formando un capítulo independiente. Las conductas son iguales que los artículos precedentes solo que es sujeto pasivo el menor de 13 años. La edad de la víctima es un elemento del tipo penal del art. 183 CP. De igual manera, la denominación de agresiones sexuales se reserva para los supuestos de concurrencia de violencia o intimidación, de forma que si no se utiliza la conducta sería constitutiva de abuso sexual. Teniendo en cuenta que en estos casos se considera irrelevante el consentimiento del menor y es elemento común a estas infracciones, resulta que la nota distintiva entre agresiones y abuso es el elemento de la violencia o intimidación. Por tanto, en relación a tales conductas nos remitimos a lo dicho en apartados precedentes, sobre la violencia, intimidación, acceso carnal, etc.

La Ley Penal no admite la validez del consentimiento de un menor de trece años de edad para mantener relaciones sexuales. Es decir, que resulta irrelevante que, de hecho, el menor de esa edad haya prestado su anuencia al acto o haya manifestado su acuerdo, o lo hubiere provocado. En el texto anterior existía una presunción de la Ley, iuris et de iure, que no admitía prueba en contrario de la falta de validez del mismo. En cualquier caso se sitúan, pues, bajo una prohibición que no admite excepciones las relaciones sexuales con menores de esa edad, juzgadas cultural y jurídicamente incompatibles con la protección debida a la indemnidad sexual, como bien jurídico o derecho del

menor a verse preservado de contactos sexuales que no está en condiciones de asimilar o afrontar, por su falta de experiencia y de madurez fisiológica, y que pudieran condicionar negativa y decisivamente su desarrollo personal. A partir de esa edad, cumplidos los trece años, por disposición expresa de la Ley, no existe prohibición absoluta, salvo prueba de la falta de consentimiento o existencia de prevalimiento. Este tope máximo de edad fue elevado por la reforma por LO 11/1999 frente al de 12 años, empleado por todos los textos punitivos españoles desde el CP de 1848.

La SAP de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 601/2008 de 30 septiembre, y la SAP de Valencia (Sección 1.ª) núm. 119/2008 de 30 abril, en idénticos términos, recogiendo la doctrina establecida, entre otras, STS 411/2006 de 18 abril, y STS 476/2006 de 2 mayo, se refieren a que el valor excusante del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual del sujeto pasivo no ofrece, en principio, dudas, aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las ha derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto.

Con la reforma operada por LO 5/10 de 22 de junio, al tratarse de menores de 13 años, el consentimiento o no del menor es irrelevante, se configura el tipo sobre la edad del menor, siendo esta un elemento más, a diferencia del texto anterior del art. 181.2 CP que establecía una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles. El precepto derogado establecía:

«2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare».

Consecuentemente, en los supuestos de menor de 13 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste.

ATENCIÓN. La dicción legal del derogado art. 181.2 implicaba una presunción legal de que la menor no está capacitada para prestar su consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestare carecería de relevancia por estar viciado. La edad es la física, computada de momento a momento, no la edad mental. En el art. 183 CP vigente, en redacción dada por LO 5/10 de 22 de junio, no se establece presunción alguna pero se parte de la irrelevancia del consentimiento del menor de 13 años.

3.2. Abusos sexuales a menores de 13 años

3.2.1. Tipo básico de abusos sexuales sin introducción

Establece el art. 183.1 en redacción dada por la LO 5/10:

«1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

A diferencia del correlativo precepto de abuso sobre mayores de 13 años del art. 181, solo se habla de «actos que atenten contra la indemnidad sexual», no se refiere a «libertad o indemnidad sexual», en la idea de que en estos tipos no se protege la libertad sexual, lo que supone el reconocimiento del derecho de toda persona de expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea conveniente, ya que al ser el sujeto pasivo un menor, este no puede ser objeto de protección de una libertad de la que carece, al no tener capacidad de decisión, manteniéndose que en estos casos lo que se protege es la intangibilidad o la indemnidad sexual, cuestión que reconoce el legislador. Por

tanto, se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la esfera de la intimidad y que con ello se incida en su indemnidad o intangibilidad sexual, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo.

3.2.2. Tipo agravado de abusos sexuales con introducción

La reforma operada por LO 5/10 regula conjuntamente los tipos agravados de abusos y agresiones en el apartado 3 del art. 183 CP:

«Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2».

Por su relación con el apartado 1, la penalidad es de 8 a 12 años. Nos remitimos a capítulos precedentes sobre los términos de acceso carnal y las vías típicas.

3.3. Subtipos agravados comunes a los abusos y agresiones a menores de 13 años

El nuevo apartado 4 del art. 183, aplicable tanto a los abusos como a las agresiones sexuales, establece:

«4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades».

Son aplicables a estos subtipos las referencias hechas en apartados anteriores, salvo al subtipo del apartado a), que establece, novedosamente, la total indefensión de la víctima en relación a su escaso desarrollo intelectual o físico, y donde se establece una presunción iure et de iure de que el menor de 4 años se encuentra en una situación de total indefensión. Este subtipo sustituye a la especial vulnerabilidad que se recogía con anterioridad. Efectivamente, en el art. 180.3, anterior a la reforma LO 5/10, se establecía como agravación «la especial vulnerabilidad» («cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años»), que ahora no se contempla, entre otras causas por los problemas que generaba en relación a la regla de inherencia o el non bis in eadem, y valorar dos veces la edad una para integrar la intimidación y otra para justificar la aplicación de especial vulnerabilidad del tipo.

La STS 660/2008 de 28 octubre, decía en relación al texto antecedente y modificado que «el CP consideraba abusos sexuales no consentidos los cometidos sobre personas menores de trece años (art. 181.2 CP). Asimismo, establecía una agravación de la pena en los casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y siempre cuando sea menor de trece años (art. 182.2 en relación con el 180.1.3.^a CP). Es claro que cuando la única razón de la vulnerabilidad sea la menor edad de la víctima, ésta no podrá ser apreciada dos veces de forma que no podrá ser tenida en cuenta a los efectos de la aplicación del art. 181.2 y nuevamente para la agravación resultante de la aplicación del art. 182.2 en

relación con el art. 180.1.3.^a CP. Sin embargo, el TS había señalado en algunas ocasiones, una vez que la menor edad ha sido valorada a los efectos del art. 181.2, la vulnerabilidad puede apreciarse si se desprende de otras circunstancias añadidas, diferentes de la edad de la víctima».

Como se decía en la STS 697/2006, de 26 de junio, «la situación de la menor, que por su edad (tres años) es evidente que necesita la protección de una persona mayor, generalmente sus padres, resulta especialmente vulnerable respecto a eventuales ataques a los bienes jurídicos de los que es titular cuando provienen de la persona que, precisamente, queda encargada de su guarda y custodia por decisión de aquellos, es decir, de quien resulta responsable de su protección. Como se decía en la STS 377/2004, "cuando éstos (los padres) confían su guarda a otras personas, porque no pueden ejercer tal protección, es decir, cuando delegan su posición de garante, las víctimas carecen del resguardo defensivo de sus padres y ello las hace especialmente vulnerables". En sentido similar la STS 224/2003».

En el caso de la STS 660/08 el acusado estaba encargado del cuidado de la menor por indicación de sus familiares, situación que aprovechó para la comisión de los actos que le han sido imputados. La menor, pues, se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad, respecto de la protección de su indemnidad sexual concretamente, en cuanto que la persona encargada y responsable de su protección es precisamente quien realiza el ataque. Por lo tanto, nada impide apreciar no solo la edad, sino además la situación de especial vulnerabilidad. Estas situaciones hay que reconducirlas, después de la LO 5/10, a la total indefensión a que se refiere el apartado a del art. 183 CP.

Finalmente el apartado 5 del art. 183 establece la agravación en casos de prevalimiento del carácter de autoridad, a gente o funcionario público:

«5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

3.4. Propuesta de encuentro sexual con menores de 13 años a través de tecnologías de comunicación: child grooming

La extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información, y la comunicación con fines sexuales contra menores, justifican la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios, para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, la LO 5/10 de 22 de junio, introduce un nuevo art. 183 bis, mediante el que se regula el internacionalmente denominado child grooming, previéndose, además, penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El nuevo art. 183 bis CP dice:

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

Para la consumación del tipo no se exige contacto sexual alguno, basta una propuesta acompañada de «actos materiales encaminados al acercamiento». De existir la relación sexual, se apreciarán ambos delitos separadamente, en un concurso real de delitos, tal y como prevé el propio precepto. La propuesta ha de ser por Internet, teléfono u otro medio de comunicación. Y como

elemento subjetivo del injusto se requiere alguna de las finalidades de satisfacer los apetitos sexuales, o con fines pornográficos o exhibicionistas.

Se prevé una agravación específica si concurre coacción, intimidación o engaño.

3.5. Cuestiones comunes a los abusos y agresiones

Puede plantearse el problema de la existencia de error en el sujeto activo sobre la edad del sujeto pasivo. La jurisprudencia del TS ha declarado, como es exponente la Sentencia de 20 de julio de 2000, que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Sin embargo, como señala la SAP de Valencia (Sección 1.ª) núm. 119/2008 de 30 abril:

- a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma y en otras palabras que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto, y
- b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

La sentencia antes referida, STS 411/2006 de 18 abril, aprecia error vencible. Argumenta el motivo que el acusado tenía en convencimiento sincero de que las relaciones sexuales mantenidas con la menor de trece años no constituían un ilícito penal, dado que en su país, Ecuador, hay personas que contraen matrimonio a esa edad. Partiendo de lo anterior, del escaso nivel cultural del

acusado, las condiciones psicológicas y su falta de madurez, el error apreciado en la sentencia, considera el recurrente, debió serlo en su modalidad de invencible, pues teniendo en cuenta la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos ecuatorianos, pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y trece años, no pida el recurrente haber subsanado su error acerca de la ilicitud del hecho. El motivo se estima. Se señala que «constituye doctrina reiterada de la Sala (STS 10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta».

Como se dice en la STS 721/2005 de 19.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 862/2004 de 28.6, la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS

457/2003 de 14.11 declara que «el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del CP».

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible, afirma reiteradamente que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas», añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la conurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada». En cuanto al señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto sociocultural (las

acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita). Desde esta perspectiva es claro que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general.

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma manera y en otras palabras que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis, nos dice la STS 302/2003 de 27.2, debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el supuesto que analiza la sentencia recurrida en el apartado relativo a Hechos Probados recoge expresamente que «el procesado era conocedor de la edad que tenía aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo, igualmente que "en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica", "por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente

intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica". Consecuente con tal declaración fáctica razona la concurrencia del error de prohibición, si bien lo califica como vencible por cuanto que el procesado con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular dado que conocía la edad exacta de la menor y había entablado una previa relación de amistad, durante varias semanas, antes de mantener relaciones sexuales con ella». «Para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible-, haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse. Se trata, en efecto, de comprobar si el error -que la Audiencia considera probado- en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

-la apariencia de legalidad de la conducta-. Ya hemos señalado cómo en aquellos delitos denominados naturales, que reprueban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aun el error mismo de prohibición. Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales. A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras:

-la vencibilidad del error-. Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores: a) La urgencia de actuar: la

inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente. b) La accesibilidad - abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error».

Pues bien, en el caso que se analiza «nos encontramos con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad; los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia, fundamento derecho primero, admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos («que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó»), como en el plenario de 21.1.2005 («conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de C. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con C. fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias...»). Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado

una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no se comparte. La edad de la menor «de camino a 13 años», según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del art. 181.2 CP e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la LO 11/1999 de 30.4, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente. La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque, según el relato fáctico, aquella relación de amistad se entabló «durante el mes de septiembre» y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Consecuentemente, el motivo se estima».

4. DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

4.1. Requisito de perseguibilidad

Exige el art. 191 previa denuncia del agraviado o su representante para proceder y se declara la irrelevancia del perdón del ofendido.

ATENCIÓN. Establece el art. 191 CP: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del

Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

4.2. Libertad vigilada

La LO 5/10 de 22 de junio introduce un nuevo apartado en el art. 192.1 CP que señala:

«1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor».

4.3. Agravación

En el art. 192 se establece una agravación de la pena cuando el autor o cómplice es una persona sobre la que recaen deberes especiales de cuidado o protección del menor o incapaz, elevándose la pena de prisión, con aplicación facultativa de la pena accesoria señalada en el apartado 3, debiendo el Juez o Tribunal fundamentar su imposición en la sentencia. Dice:

«2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u

oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad».

Dice la Exposición de Motivos de la LO 5/10 de 22 de junio que para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el art. 39, fijándose su contenido en el art. 46. Esta nueva pena tendrá el carácter de principal en los supuestos previstos en el art. 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los arts. 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

4.4. Responsabilidad civil, determinación de filiación y alimentos

El Juez debe, en su caso, pronunciarse sobre filiación y alimentos. Señala el art. 193 CP:

«En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos».

4.5. Medidas

En el art. 194 se prevé, con carácter facultativo, la clausura de los locales o establecimientos que se hayan utilizado para la realización de las conductas típicas precedentemente analizadas. Dice el precepto:

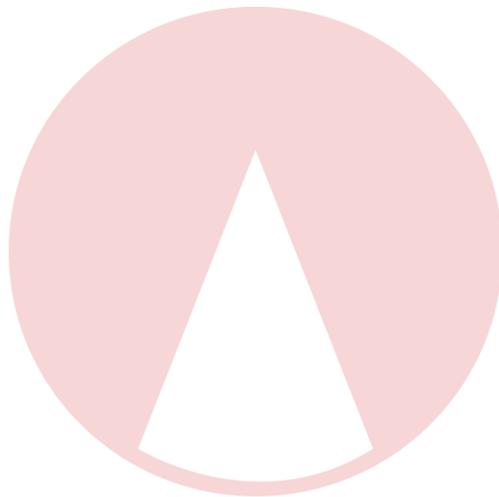
«En los supuestos tipificados en los Capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar».

Otras medidas se contemplan en el art. 57 CP como son las de alejamiento y prohibición de comunicación en los términos del art. 48.



AlfredogarcialopeZ
ABOGADOS

El art. 132 prevé un nuevo sistema de cómputo de los plazos de prescripción en los delitos, entre otros, contra la libertad e indemnidad sexuales, consistente en que los términos se computaran desde el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.



AlfredogarcialopeZ
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS







Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS







Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

53

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



