



JORNADAS sobre VIOLENCIA SÉXUAL

UN ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR

26 y 27 de noviembre de 2019

PONENCIA

Análisis jurídico sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; especial atención a víctimas menores de edad.

D^a. Teresa Sánchez Mancha,
Fiscal para la Violencia de Género en Sevilla.

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.

1)INTRODUCCIÓN

*OBJETIVO-La presente Ponencia tiene como objetivo transmitir de forma clara cuáles son los conceptos que maneja nuestro ordenamiento jurídico para abordar los delitos contra la libertad sexual, en su extensa y detallada regulación del Título VIII del Libro II de nuestro CP.

Se trata de trasladar:

1)de qué es lo castiga nuestro ordenamiento jurídico,
2)qué es lo que se trata de proteger con dicho castigo;
3) cuáles son los conceptos que manejamos los juristas para calificar esas conductas: es decir, qué es una agresión sexual, qué es una violación, qué se entiende por abuso sexual, ...cúal es la diferencia entre uno y otro..;

4)También , por su importancia, me gustaría hacer una especial referencia a las novedades que introdujo la importante **reforma del CP operada por la LO 1/15** , que suponía la trasposición de la **Directiva 2011/93/UE**, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la obediencia a los mandatos del **Convenio de Estambul** del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, de 2011,vigente en España desde 2014, por el que se introdujo la circunstancia agravante de género(para todo tipo de delitos, no solo los que ahora nos ocupan), que luego explicaré ,y la incorporación a nuestro ordenamiento de los mandatos del **Convenio de Lanzarote de 2007**, ratificado por España en **2010**-Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual-que en lo que respecta a este tipo de delitos, ha supuesto un importante avance en la protección de los derechos de los menores, con una regulación muy exhaustiva de la pornografía infantil.

El **2015** fue un año de importantes avances en la protección de los derechos de los menores, reformándose también la **LO 1/96** de Protección Jurídica del Menor por la LEY 26/15, que, en desarrollo del Convenio de Lanzarote , impuso la obligación para acceder a

profesiones y actividades que implican contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, acreditándose con **certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales**, Registro que se regula en el RD 1110/15.

2) MARCO NORMATIVO

-EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y SOCIAL

*Por lo tanto, tenemos un marco normativo con una regulación profusa, que ha experimentado una continua evolución en paralelo (o detrás) de la evolución social. Y además es un tema candente, y muchas veces está en boca de todos, como saben, a raíz de determinados casos particularmente mediáticos, observándose en el sentir social un cierto temor a la impunidad, o una cierta insatisfacción con las resoluciones judiciales. En esta línea, el **TS** ha ido dictando una serie de resoluciones sentando jurisprudencia donde parece, a mi modo de ver, que intenta reducir la brecha entre el sistema judicial y la idea que existe en la sociedad sobre la violencia sexual en general.

*Es evidente que estos crímenes aberrantes no quedan impunes. Realmente, a mi juicio, no es necesaria una modificación de la regulación actual, ...pero están sometidos, como todos y cada uno de los delitos a un proceso judicial en el que hay que **PROBAR** unos hechos. Es una **cuestión de PRUEBA**. Y hay que estar al caso concreto. Y ahí -igual que en muchos casos de violencia de género/ doméstica- entra la dificultad que conlleva el hecho de que estos delitos suelen cometerse en la **intimidación**, y muchas veces la única prueba de cargo para fundamentar una sentencia condenatoria es el **TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA**. Y es cuando empezamos a hablar del **CONSENTIMIENTO/ NO CONSENTIMIENTO**, que también ha de ser probado por la acusación (Fiscal y particular).

Respecto a esto se ha debatido muchísimo, pero ya el propio **TRIBUNAL SUPREMO** ha dejado bien claro en muchas resoluciones (como es la STS 1505/13, de 13 de noviembre) que el **testimonio de la VÍCTIMA del delito**, como el de cualquier TESTIGO puede fundamentar por sí solo un sentencia de condena, con base en unos criterios orientativos, como son:

***Ausencia de incredibilidad subjetiva**, derivada de las relaciones con el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza o enfrentamiento, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;
***Verosimilitud del testimonio**, basada en la lógica de su declaración y en la posible corroboración de datos objetivos.
***Persistencia en la incriminación**, que debe ser mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.

Ahora bien, **ese "rasero" que se aplica a la víctima**, también afirma el **TS** en su STS 282/2018, 13 de Junio de 2018, respecto a las víctimas de casos de violencia de género(aplicable en todo a los casos de violencia sexual), **no puede ser el mismo que se le aplique a otros TESTIGOS de los hechos**, que declaran sobre lo que han visto y oído, pero **NO SON LOS QUE HAN SUFRIDO EL DELITO**. Por lo tanto, las **VÍCTIMAS son TESTIGOS CUALIFICADOS**, como sujetos pasivos del delito, y están sometidos a una especial posición psicológica frente al mismo, de modo que apunta nuestro Alto Tribunal a que **no se puede tener en cuenta como elemento negativo hacia la víctima** que le resten credibilidad circunstancias tales como la tardanza en denunciar los hechos, por ejemplo, o que se acredite que con posterioridad haya intentando "rehacer" su vida y, por otro lado, ha de ponerse especial atención a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos y sus respuestas.

Destaca en la evolución de la jurisprudencia de los últimos años, en aplicación del Convenio de Estambul en 2014 y tras la promulgación del Estatuto de la Víctima, Ley 4/15, la aplicación de un **enfoque de género** en el tratamiento y valoración de las declaraciones de las víctimas,(referido en general a VG/VD y delitos sexuales),siendo un mandato para todos los Estados parte como España dicha "**perspectiva**" en el principio de diligencia debida en cuanto a la investigación y enjuiciamiento de estos delitos.

Hablamos de **perspectiva de "género", de violencia de género y violencia sobre la mujer**- porque es una realidad (Estadística del Ministerio del Interior del primer semestre del año 2019) que el 88% de las víctimas son mujeres y el 98,4% de los agresores son varones.

-REGULACIÓN

A)BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

*El CP dedica su **TÍTULO VIII** del Libro II, ARTÍCULOS 178 A 194 (de los que recomiendo su lectura) a los DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL, divididos en 6 capítulos.

Ya la rúbrica nos da cuenta de cuál es el **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**, es decir, qué derechos se quieren proteger con el castigo de estos tipos penales: libertad e indemnidad sexual.

Para que se hagan una idea de la evolución normativa y social, en los **años 80**, estando todavía vigente el anterior CP de 1973, estos delitos se denominaban **DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD**, y no fue hasta la reforma introducida en el año **1989**(LO 3/89) cuando se introdujo la libertad sexual, como el bien jurídico protegido.

Como se ha destacado por la doctrina, de esta reforma se derivaron **consecuencias positivas**, tales como no admitir una cobertura frente al delito de violación en el ámbito de la relación matrimonial, o en los casos en que la víctima del delito ejercía la prostitución, lo que perfilaba un círculo al que se ha aludido por algunos autores como "oasis de la honestidad".

En la actualidad , por tanto, el bien jurídico protegido es la **libertad sexual** ,predicable, obvio es decirlo, con independencia del sexo, y que alberga entre sus manifestaciones el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, cuándo y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. Se trata de un bien personalísimo que no es susceptible de ser excluido por una persona con independencia de la relación que pueda tener sobre la otra.

Hasta el año **1999**(LO 11/99, de 30 de abril), no se introdujo en nuestro CP vigente la referencia a la **indemnidad sexual**. Como dice la **STS 615/2018, de 3 de diciembre** : "*por indemnidad sexual debe entenderse no solo el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente expresado, sino también el riesgo que ello puede tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la (persona)menor concernida* "

Por lo tanto, entran en juego los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la integridad sexual de los **menores e incapaces**, pues el **CONSENTIMIENTO de estos**, al carecer de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

B) ESQUEMA DEL CP.

El Código Penal distingue en el Título VIII del Libro II, en los capítulos **I y II**, entre los delitos de **agresiones sexuales** y los delitos de **abusos sexuales**. La **diferencia radica**, en **utilizar VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN** en los primeros y **NO MEDIAR CONSENTIMIENTO** en los segundos.

En el delito de **agresión sexual**, la **libertad sexual de la víctima queda suprimida** a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación y en el delito de **abuso sexual** el **consentimiento** se encuentra **viciado** como consecuencia de las causas legales contempladas por el legislador.

En definitiva, mientras que en el delito de **abuso sexual** el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la **agresión sexual** la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.

Distingue también nuestro legislador los casos en que la víctima es mayor de edad, tiene entre 16 y 18 años y es menor de 16 años. Prevé también nuestro legislador la regulación por separado en el **CAP II BIS** las agresiones y abusos sexuales a **menores** de 16 años, con imposición, en estos casos, de mayores penas.

También se regulan conductas de acoso sexual, en el Capítulo III; Capítulo IV, delitos de exhibicionismo, de provocación sexual; CAP V : Prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, describiendo ampliamente la pornografía infantil. Pero como ya anticipé, me voy a limitar a los delitos de agresiones y abusos sexuales, con especial atención a las víctimas menores.

Capítulo uno-agresiones sexuales (artículos 178 a 180)

Dentro de los delitos de agresiones sexuales SE DISTINGUEN 3 SUPUESTOS: se castiga con penas de hasta 5 años de prisión, la agresión sexual (a mayor de edad) **sin penetración**; con penas de hasta 12 años la agresión sexual **con penetración**, que es el delito de **VIOLACIÓN**, que recuperó tal denominación en la reforma de LO 11/99, concepto que se encuentra asentado en nuestra conciencia colectiva y forma parte de nuestra tradición jurídica, cuando el acceso carnal lo sea por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179). Y en tercer lugar **se prevén unos tipos específicos agravados** de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción especialmente degradante o vejatoria para la víctima, por la utilización de medios (como armas), que pongan en peligro la vida o integridad física de la víctima, por la actuación conjunta de dos o más personas que provocan mayor indefensión en el sujeto pasivo del delito, por la especial vulnerabilidad de la víctima (por edad, enfermedad o discapacidad) o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (prevalimiento de una situación de superioridad o parentesco)

AGRAVANTE DE GÉNERO Y AGRAVANTE DE PARENTESCO.

Además de estas agravantes específicas, tras la reforma del año 2015, de conformidad con el Convenio de ESTAMBUL, se ha incorporado el GÉNERO (que no solo es aplicable a los delitos de la naturaleza que estamos examinando) dentro de las agravantes genéricas del artículo 22.4º CP como motivo de discriminación junto a los que ya se contemplaban como son los referentes a la ideología, religión o creencias, etnia, raza o nación, sexo u orientación sexual. La razón para ello es que el **género, definido por el Consejo de Europa como "los papeles, comportamientos y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres"**, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

La agravante de género se refiere a un componente de especial **humillación, dominación y desprecio sobre la víctima por el hecho de ser mujer**. El TS, después de algunas sentencias manteniendo el criterio contrario, afirma ahora a partir de una

importante sentencia la **565/18** de 19 de noviembre, que esta agravante **no tiene por qué limitarse al campo de las relaciones de pareja**, siendo compatible además con la agravante de **PARENTESCO** porque tienen diferente fundamento. Así, la **agravante del artículo 23 CP** tiene un fundamento **objetivo** de agravación, que se aplica siempre que entre autor y víctima medien las relaciones de afectividad o convivencia que recoge el artículo; mientras que la agravante de género tienen un fundamento **subjetivo**, "necesitando que concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo".

Evidentemente ni la agravante de parentesco ni la de género puede aplicarse a aquellos **tipos penales relativos a la vg** (de lesiones, coacciones o amenazas de los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código) que **ya prevén entre sus elementos** que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor relación, pues en caso contrario se vulneraría la prohibición '**non bis in ídem**' (que impide sancionar dos veces el mismo hecho).

EXÁMEN ESPECIAL DE LA VIOLENCIA

-VIOLENCIA: (STS 754/12, 1564/05,368/10)-la *vis física*, la fuerza física ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, idóneo y adecuado para impedir a la víctima desenvolverse u oponerse, atendiendo a las circunstancias personales y a las del caso concreto. No se exige que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física sino que basta que sea idónea para vencer la voluntad de la víctima, atendiendo al caso concreto. Es cierto que debe tener una suficiente entidad objetiva, pero siempre se debe matizar en relación a las condiciones concretas de la víctima. Como dijo la STS 254/19, de 21 de mayo: "no puede llegar a exigirse a la víctima un **acto heroico** de oposición férrea que pueda determinar un serio peligro a su integridad física". La ha descrito la STS 749/10, de 23 de junio, como "acometimiento, coacción, imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima".

Incluso, no se exige que la violencia sea protagonizada por el mismo sujeto que protagonizará el contacto sexual, pudiendo aprovechar la ejercida sobre la víctima por un tercero, en cuyo caso asistiríamos a un supuesto de coautoría.

EXAMEN ESPECIAL DE LA INTIMIDACIÓN

La **INTIMIDACIÓN** es la vis compulsiva o psíquica. Existe cuando se inspira a otra persona el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave. Supone servirse de cualquier forma de **coacción, amenaza o clima de temor (lo que se viene denominando la INTIMIDACIÓN AMBIENTAL)** que va a anular la capacidad de resistencia de la víctima. Se exige por el TS que sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado o paralizando la voluntad de resistencia de la víctima, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse males mayores.

Ahora bien, la INTIMIDACIÓN empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o sumamente graves. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima, de tal forma que la calificación jurídica de los actos debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo, no a la resistencia de la víctima. Si el agresor ejerce una intimidación clara y suficiente para el caso concreto, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria, pues lo que determina el delito es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha analizado el Tribunal Supremo supuestos de **INTIMIDACIÓN AMBIENTAL EN EL HOGAR (STS 282/2019, de 30 de mayo)**, analizando una llamada **INTIMIDACIÓN PERMANENTE o SITUACIÓN OBJETIVA INTIMIDANTE**, que se puede dar, evidentemente, sobre todo en el ámbito de la **violencia de género y violencia doméstica respecto a menores de edad o personas con discapacidad.**

Se le llama así *“debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y*

en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.”

Como advierte la sentencia precitada, en estos casos, el **vencimiento psicológico de los menores resulta más sencillo** que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la **intimidad del hogar**, convirtiéndose el autor de estos hechos en un acosador psicológico al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos. En estos casos además la intimidación **puede ser permanente y progresiva y suele darse en casos de delito continuado, con persistencia en el tiempo.**

Ejemplo:el TS analizaba esta INTIMIDACIÓN PERMANENTE en un supuesto del acusado que dirigía amenazas a sus hijas de forma constante referidas siempre a la madre biológica de las menores o a ellas mismas, y consistentes en amenazas de muerte o con devolverlas a su país de origen (Sierra Leona); y, todo ello, acompañado de manifestaciones dirigidas a la ocultación de los hechos, como , atemorizarla con que, si decía algo, nadie la iba a creer, se iban a reír de ella e iba a salir en los periódicos y todo el mundo la iba a conocer; o bien refería que él las había traído a este país y que nadie las conocía y que si les pasaba algo, nadie se iba a enterar y que, en cualquier caso, su esposa se pondría de su parte. Es, pues, en ese clima de permanente amedrentamiento como lograba, el procesado, doblegar la voluntad de su hija mayor.

CAPÍTULO II- DE LOS ABUSOS SEXUALES(a mayores de edad-artículos 180 Y 181)LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

El delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto activo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento (art. 181). Pero esa falta de consentimiento, la deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente. Por eso dice el Código Penal que "se consideran abusos sexuales no consentidos" en los siguientes casos: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido (art. 181.2 CP); b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare (art. 181.2 CP); c) 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 (art. 181.2 CP),siendo alarmante en la actualidad el creciente uso de sustancias tales como la "burundanga"; d) cuando se obtenga un consentimiento por prevalerse el responsable de una

situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (art. 181.3 CP).

También se disponen subtipos agravados en los mismos casos que en las agresiones sexuales.

Del propio modo, se consideran abusos sexuales NO CONSENTIDOS los correspondientes a los MENORES, dada la falta de madurez para el consentimiento sexual, distinguiendo el Código Penal entre los menores entre 16 y 18 años, que se limita a los supuestos en que el autor del delito se aproveche del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182), y finalmente se describen separadamente en el Código la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años.

La cuestión del CONSENTIMIENTO se contempló en el propio **CONVENIO DE ESTAMBUL**, y así, al regular en su artículo 36 la VIOLENCIA SEXUAL como forma de VIOLENCIA DE GÉNERO, porque afecta a las mujeres de manera desproporcionada, afirmaba que : *"el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes"*.

Esta específica referencia al consentimiento como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar la ausencia de resistencia física como tal voluntad. La misma debe manifestarse de forma expresa o bien deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

***Una cuestión no siempre bien nítida es la delimitación entre intimidación que determina la existencia de delito de agresión sexual, y el prevalimiento en el abuso sexual, es decir , en los casos en los que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, entendido el PREVALIMIENTO tradicionalmente como una "INTIMIDACIÓN menor" –art. 181.3 CP.**

En la INTIMIDACIÓN del delito de agresión sexual, la víctima no puede decidir ante el empleo de la amenaza o coacción por parte del agresor. En el PREVALIMIENTO no hay un comportamiento coactivo por parte del autor , pero su situación de superioridad

coarta la libertad de decisión de la víctima, no la anula, pero la disminuye.

La diferencia entre una y otro la van a entender muy bien con el supuesto del **JUICIO DE LA MANADA**.

Conocerán que cinco hombres fueron condenados por la AP DE NAVARRA por delito de abuso sexual con penetración y con prevalimiento (por actuación conjunta), cada uno a la pena de 9 años de prisión, entre otras. Se les absolvía por agresión sexual agravada por actuación conjunta de dos o más personas y por la I particularmente vejatoria. 1 voto particular: absolutorio.

El TSJ de Navarra confirmó la sentencia excepto en lo relativo al delito contra la intimidad, del que han tenido que repetir el juicio. 1 voto particular: entendiendo que sí había delito de agresión sexual por existencia de Intimidación .

MF -y con iguales argumentos, las restantes acusaciones- RECURRIÓ en casación al TS_ diciendo que lo que recogían los hechos probados de la sentencia era una **actitud INTIMIDATORIA** por parte de los 5 acusados que fue la que les permitió consumir sobre la víctima los actos sexuales

El TS , sin modificar los hechos probados, estimó el recurso de las acusaciones, entendiendo que había habido un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia , valorando que **no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual.**

Este es parte del relato fáctico:

La metieron en un habitáculo de 3 m2, rodeada por los 5 acusados.

Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión,, "la denunciante" se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador y le desabrochaban el jersey; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada

cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los

“La denunciante”, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad (“**pasividad doliente**”, dice el TS), determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados.

“Los procesados, conocieron y aprovecharon la situación, para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo.”.

Y VALORA EL TS, APRECIANDO INTIMIDACIÓN AMBIENTAL:

La situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones.

Ante esa intimidación, la denunciante se sintió impresionada, sin capacidad de reacción, sintió miedo, experimentando una sensación de angustia y “un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor, y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera” llegando los procesados a agredirla sexualmente hasta en 10 ocasiones en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, conociendo que estaba sola y embriagada

En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de **SOMETIMIENTO**, que no de **CONSENTIMIENTO**.

(Y pasamos ya a la tercera parte de la exposición)

CAPÍTULO II BIS-DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE 16 AÑOS(ART.183 a 183 quater)

La inicial redacción de estos delitos en el CP vigente del año **95** ha sufrido diversas **reformas** orientadas a reforzar y garantizar una auténtica protección de la **indemnidad** sexual de los menores, la del **año 1999**(LO 11/99, de 30 de abril), que introdujo en el epígrafe del Título VIII la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, junto a la libertad sexual.

El segundo retoque legislativo de los delitos sexuales se produjo en el **año 2003** (en virtud de la **LO 15/2003**, de 25 de noviembre).A través de esta ley, tuvo lugar un endurecimiento de las penas y respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se abordó una importante reforma del delito de pornografía infantil, introduciendo tipos penales como el de la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hubieran utilizado menores o incapaces.

El **tratamiento autónomo** del castigo de las conductas de agresiones y abusos sexuales a **MENORES** se materializó por la tercera reforma del **año 2010(LO 5/10,22 de junio)**,al incluirse ya separadamente el **Capítulo bis II** bajo la rúbrica de los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años".Esta reforma incluyó en el CP la conducta del **on line child grooming(entonces 183 bis, ahora 183 ter)**,o acoso a menores a través de internet o tecnologías de la comunicación.

Y finalmente llegamos a la redacción vigente, introducida por la más importante reforma del **año 2015 (LO 1/15, de 30 de marzo)** que como uno de los ejes principales de la reforma viene a **eleva la edad de consentimiento sexual a los 16 años, sancionándose cualquier acto de carácter sexual realizado con una persona menor de la edad precitada.**

La elevación de la edad se justifica por la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil ,que **define la edad de consentimiento sexual como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho**

Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. Hasta entonces, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el **Comité de la ONU de los Derechos del Niño** sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. Dicha elevación de la edad del consentimiento ha determinado la incorporación de una cláusula de excepción –**art. 183 quater-**, comúnmente denominada **cláusula de Romeo y Julieta**, que concede relevancia al consentimiento de los menores,(y puede excluir o atenuar la responsabilidad penal) para los supuestos de que se trate de dos personas próximas en edad y en desarrollo, cláusulas que son frecuentes en el derecho penal comparado.

* Los **delitos englobados en el Capítulo II bis**, que seguidamente examinaremos, son los siguientes: los abusos y agresiones sexuales sobre menores de 16 años, la determinación a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacer presenciar actos de carácter sexual; y el ciberacoso infantil.

183

Las **conductas artículo 183** consisten en la realización de cualquier acto de inequívoco carácter sexual que el sujeto activo realice sobre la víctima menor, si bien la jurisprudencia ha admitido incluso la comisión del delito sin que medie contacto físico entre uno y otro o bien actos en los que se conduce a la víctima a ejecutar sobre sí mismo el comportamiento sexual.

1831.1- pena de hasta 6 años prisión-tipo básico

183.1.2-subtipo agravado-con V o I(agresión sexual), prisión hasta 10 años.

183.1.3-más agravado-con penetración -prisión hasta 12 años si no hay V o I (ABUSO)y prisión hasta 15 años si hay V o I(VIOLACIÓN)

183.1.4-subtipos agravados circunstancias específicas(penas en la mitad superior),equivalentes a las conductas agravadas del artículo 180 para las agresiones sexuales que ya analizamos al principio.

a) víctima indefensa y sp, menor 4 años(Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años).

Como advierte TAMARIT SUMALLA, la fijación de los cuatro años constituye un nuevo límite de edad en el Derecho penal sexual que apunta al momento por debajo del cual el individuo no recuerda los acontecimientos; pero a la par constituye una presunción juris et de jure de total indefensión que se establece por debajo de esa edad, y puede servir como referencia interpretativa para valorar en qué supuestos podrá entenderse que existe un grado de indefensión cercano al propio de los niños que no han alcanzado esa edad, en razón del escaso desarrollo físico, intelectual o trastorno mental de la víctima, ya que no basta con padecer un trastorno mental o poseer un desarrollo intelectual o físico escaso, sino que ese escaso desarrollo coloquen a la víctima en situación de completa indefensión.

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 culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima(la ref a la salud, novedad de la LO 1/15).

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades”.

183.5.Hiperagravación específica por prevalimiento del sujeto activo de su condición de autoridad, agente de la misma o de funcionario público, que añade a las anteriores penas las de inhabilitación absoluta de de 6 a 12 años.

183 BIS

Se engloban tres conductas típicas(que no encajan en los tipos anteriores): a) la determinación a participar en un comportamiento de naturaleza sexual; b) hacer presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos(conecta con el delito de exhibicionismo del 185.Si la víctima es 16-18, se aplica el 185;si es menor de 16, se aplica el 183 bis).

La STS 468/2017, de 22 de junio, señala que *“con respecto a los actos de naturaleza sexual que se hagan presenciar al menor tienen que ser de forma directa, porque -como se ha dicho- si le exhibe una grabación o vídeo, estaríamos ante el art. 186 (el que por cualquier medio exhibiere material pornográfico a menores de edad), y por el contexto jurídico que proporciona la conducta alternativa del mismo tipo (participar en un comportamiento de naturaleza sexual).”*

; y c) finalmente, hacer presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos.

El art. 183 bis **se circunscribiría a los casos** en los que la determinación del menor se orientara a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo con presencia del autor u otra u otras personas, sobre el cuerpo de un tercero que aceptara pasivamente, casos en los que la víctima es determinada a mantener contacto sexual con animales; a mantener conversaciones eróticas por precio, etc.

183 TER 1. - CIBERACOSO/acoso sexual a menores por Internet(CHILD GROOMING)

La extensión y consolidación de las diferentes redes sociales en la vida de los adolescentes y la reforma del Código Penal en **2015** en el sentido de aumentar la edad para prestar libre consentimiento en las relaciones de 13 a 16 años han contribuido a que se disparen los delitos de abusos sexuales cometidos sobre menores de dieciséis años.

Este nuevo delito se introdujo en la reforma **del 2010** (en el anterior 183 bis), debido precisamente a la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la comunicación con fines sexuales contra menores, dando cumplimiento a la recomendación contenida en la **Convención de LANZAROTE** .

En la nueva reforma del **2015** se ha trasladado al 183 ter con la **única modificación de elevar a 16 años la edad del sujeto pasivo** del delito(de hecho los estudios empíricos muestran que los sujetos más afectados por la problemática del child grooming son los menores situados precisamente en la franja de edad comprendida entre los 13 y los 16 años).

De igual modo obedece a la **Directiva 2011/92/UE**, que expresaba su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una "de las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores" por el anonimato que Internet permite al delincuente, imponiendo la necesidad de las partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, de adquirir, poseer o acudir a pornografía infantil mediante el embaucamiento de un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual .

El CP CASTIGA EN en el art. 183 .ter .1 CP, al *que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación **contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, 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.***” (Ej: amenazar con avisar a los padres sobre aspectos de su intimidad, teniendo en cuenta la edad y circunstancias de la víctima; como engaño, que el acosador simule tener una edad próxima a la de la víctima o la alegación de motivos no sexuales para conseguir que acceda a tener un encuentro.)

La STS 97/2015, de 24 de febrero, señala “se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un **acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales** a menores de 13 años”Y el delito se comete siempre que haya actos materiales encaminados al acercamiento;no basta con el contacto y la propuesta de encuentro.Han de darse actos que persigan la realización material de ese encuentro, aunque luego no tenga lugar(por ej:además de un mensaje proponiendo quedar, la reserva de una habitación de hotel, aunque el menor no acuda posteriormente).Y se castigan estas conductas sin perjuicio de las penas que correspondan por los abusos o agresiones que se cometan posteriormente.

183 TER 2.-SEXTING(EMBAUCAMIENTO de menores de 16 años por medios tecnológicos)

Conforme al art. **183 .ter.2 CP**, “*el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación **contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que***

se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.”

Se trata de un **nuevo delito introducido por la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que proyecta el que la Directiva 2011/92/UE** denomina de "embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos",obligando a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar su sanción penal .

El término “sexting”, anglicismo procedente de la combinación de “sex” (sexo) y “texting” (envío de mensajes de texto desde teléfonos móviles), ha pasado en la última década a ser utilizado como denominación convencional del conjunto de conductas consistentes en la autoproducción y envío de material gráfico, esencialmente fotografías y vídeos, de contenido erótico o sexual a través de teléfonos móviles u otras tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs)¹.

En cuanto a la naturaleza del delito de sexting, tiene naturaleza propia de un **acto preparatorio de un delito de pornografía infantil** lo que responde a la lógica de adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico.

En esta cuestión,aunque no me da tiempo a desarrollarlo, es importante destacar que el CP hace una verdadera definición exhaustiva de lo que ha de considerarse **PORNOGRAFÍA INFANTIL, tomada de la Directiva 2011** que abarca no sólo el material visual que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida(imágenes virtuales por ordenador o mayores que simulan ser menores). Es indiferente, por tanto, que sea una conducta bien real, bien simulada. Con ello, el **Tribunal Supremo** a tenido que revisar el bien jurídico protegido, que ahora pasa a ser, de acuerdo con la **STS 826/2017**, de 14 de diciembre, un bien **plurisubjetivo y colectivo que protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto** , en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puede fomentar prácticas pedofilas sobre menores concretos.

183 QUATER-CLÁUSULA ROMEO

Conocida en el derecho anglosajón como *Romeo and Juliet exception*, por expresa referencia a la obra de Shakespeare en la que ambos eran adolescentes.

Conforme al **art. 183 quater**, “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por **edad y grado de desarrollo o madurez.**”

La cláusula examinada fue **introducida en la LO 1/2015** para compensar los efectos derivados de la elevación de la edad del **consentimiento sexual** a los 16 años, funcionando como causa de justificación de la conducta. El supuesto más típico tendría lugar entre quien tuviera 15 años y el que haya cumplido los 18. Aun así hay que analizar caso por caso el grado de desarrollo o madurez de uno y otro, no atendiendo solamente al criterio cronológico. Y esto habrá de ser objeto de prueba en el procedimiento penal.

En algunas sentencias del TS se ha rechazado la aplicación de esta cláusula por diferencia de edad de algo más de ocho años: entre 46 años del acusado y 11 de la víctima; entre los 20 años del acusado y los 11 años y ocho meses de la víctima;

En cuanto a su ámbito de aplicación, se extiende exclusivamente a los delitos contemplados en el Capítulo II bis del Título VIII: de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

De otro lado la alusión al consentimiento libre del menor de dieciséis años excluye terminantemente su aplicación a los casos en que exista violencia o intimidación, o engaño, y parece que tampoco en los casos de embaucamiento, pues en estos casos el consentimiento no es libre.

La **Fiscalía General del Estado** ha realizado un profundo análisis de la cuestión en la **Circular 1/2017**, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, relacionando diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. El examen de sus conclusiones resulta especialmente orientativo:

Dice, por ejemplo, la FGE que el art. 183 quater no define franjas concretas de edad, pero es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se

limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

De otro lado afirma que dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

Finalmente, destaca cabe la posibilidad de construir una **atenuante por analogía** en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.
