

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 22  
enero - junio 2023

## Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022<sup>1</sup>

Carmen López Peregrín

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**RESUMEN:** En octubre de 2022 ha entrado en vigor en España una nueva reforma en materia de delitos sexuales. Entre otros cambios, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha modificado la rúbrica del Título VIII, que ahora se refiere, también en relación a víctimas menores, a la libertad sexual como bien jurídico protegido en estos delitos. Pero además se han producido otras muchas modificaciones en el actual Capítulo II del Título VIII (heredero del anterior Capítulo II bis y que actualmente contiene los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años), modificaciones que se analizan en este estudio.

**PALABRAS CLAVE:** delitos sexuales sobre menores, reforma penal, libertad sexual, edad del consentimiento sexual, vulnerabilidad.

**ABSTRACT:** In October 2022, a new reform on sexual offences came into force in Spain. Among other changes, LO 10/2022, of September 6, has modified the heading of Title VIII, which now refers, also in relation to under-age victims, to sexual freedom as the legally protected interest in these crimes. In addition, we analyze the many other modifications in the present Chapter II of Title VIII, whose content was previously on Chapter II bis, and which currently contains the offences of sexual assaults on minors under 16 years of age.

**KEYWORDS:** child sexual offences, criminal reform, sexual freedom, legal age of sexual consent, vulnerability.

<sup>1</sup> Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC, SEJ047) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”. Abreviaturas usadas: art./arts.: artículo/s; BOE: Boletín Oficial del Estado; coord.: coordinador/a/es/as; CP: Código penal; dir.: director/a/es/as; LO: Ley Orgánica; n.º: número; p./pp.: página/s; SAP: sentencia de la Audiencia Provincial; STS: sentencia del Tribunal Supremo; UE: Unión Europea.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El problema del bien jurídico protegido. 3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP). 3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento. 3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP). 3.3. Tipos cualificados. 3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP. 3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP. 3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP. 3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5. 3.4. Tipo subjetivo. 4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182 CP). 5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años (art. 183 CP). 6. La cláusula del art. 183 bis CP. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Rec: 11/12/2022 | Fav: 09/01/2023

## 1. Introducción

Tras una larga y compleja tramitación,<sup>2</sup> la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha reformado una vez más el Título VIII del Libro II del Código Penal español.<sup>3</sup> En el Preámbulo de esta ley se justificaba la reforma en base a las obligaciones contraídas en el marco internacional.<sup>4</sup> Sin embargo, muchas de las modificaciones que se incluyen en ella, como veremos, no son plasmación de dichas obligaciones, sino más bien producto de decisiones político criminales más o menos acertadas.

Entre los cambios introducidos por esta ley, cabe destacar dos de especial relevancia: el primero (común a delitos sexuales contra adultos y contra menores, aunque con algunas diferencias) es la supresión de la distinción entre los delitos de abuso sexual y de agresión sexual; el segundo (de especial relevancia en delitos sexuales contra menores) es la eliminación de la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII. Pero la LO 10/2022 ha reformado además

otros aspectos de los (ahora denominados) delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años que también merece la pena tratar. De todos estos cambios me ocuparé en los siguientes epígrafes.

## 2. El problema del bien jurídico protegido

En la versión original del Código Penal de 1995,<sup>5</sup> el Título VIII del Libro II llevaba la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”.<sup>6</sup> En dicha versión original, los delitos sexuales contra menores no tenían una regulación separada, sino que se regulaban conjuntamente con los delitos sexuales contra los adultos bajo esa misma rúbrica, aunque la edad se tuviera en cuenta en algunos aspectos.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

<sup>6</sup> El reconocimiento de que el bien jurídico protegido en estos delitos era la libertad sexual supuso, en su momento, un gran avance frente al Código penal de 1973, que regulaba estos delitos en un Título que llevaba la rúbrica de delitos “contra la honestidad”. Sorprendentemente, este reconocimiento no se produjo hasta la reforma introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, más de 10 años después de la aprobación de la Constitución española de 1978, que consagraba la igualdad como principio fundamental. Respecto al cambio de rúbrica, el Preámbulo de la ley de reforma de 1989 afirmaba que la modificación se imponía porque se debía “... respetar la idea de que las rubricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión ‘honestidad’ por ‘libertad sexual’, ya que éste es el auténtico bien jurídico atacado”. El cambio de rúbrica, unido a las demás modificaciones legales que trajo esta reforma, fue descrito por Cancio Meliá como el tránsito “... de un Derecho penal sexual patriarcal, hacia una regulación centrada en la ‘libertad sexual de todos’...” (CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2011, pp. 5-6).

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, la versión original del art. 178 del Código penal de 1995 castigaba como agresión sexual la conducta de atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, aplicándose un tipo cualificado (art. 180.3<sup>a</sup>) cuando

<sup>2</sup> La tramitación de esta ley ha sido ciertamente larga y azarosa desde el inicial Anteproyecto, aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2020 (en adelante, Anteproyecto de 2020), hasta su aprobación definitiva en septiembre de 2022, tras una segunda votación en el Congreso, forzada por la aprobación en julio de ese mismo año de una enmienda en el Senado que aparentemente no tuvo más finalidad que la de retrasar lo más posible la entrada en vigor de una ley que ya se consideraba inevitable.

<sup>3</sup> La LO 10/2022, de 6 de septiembre, modifica también otros delitos, como los de acoso, matrimonio forzado y trata. No nos ocuparemos aquí, sin embargo, de esas otras reformas, ni de las que afectan al Libro I.

<sup>4</sup> En concreto, el apartado II del Preámbulo menciona expresamente “la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia)”.

Un sector de la doctrina sostuvo entonces la insuficiencia de la libertad sexual para expresar el bien jurídico protegido en todo el Derecho penal sexual. Desde esta postura, la libertad sexual se entendía como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, libertad de la que carecerían los menores provisionalmente<sup>8</sup> y los incapaces permanentemente.<sup>9</sup> Por tanto, en concreto respecto de los menores, este sector consideraba que el bien jurídico protegido en estos delitos no era la libertad sexual, sino la indemnidad sexual, entendida como su derecho a quedar exentos de cualquier daño de orden sexual,<sup>10</sup> pretendiéndose con ello impedir que se les implicara en unas conductas sexuales que podrían ocasionarles traumas psicológicos o alterar su proceso formativo en el ámbito sexual.<sup>11</sup>

Finalmente, la LO 11/1999, de 30 de abril,<sup>12</sup> se adhirió a esta corriente y modificó la rúbrica del Título

la víctima era “una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”. Por su parte, aunque los abusos sexuales se definían entonces en el art. 181 CP también para víctimas menores y mayores de edad conjuntamente, sí se mencionaba a los menores expresamente en el apartado 2, pero para decir que se consideraban en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecutasen sobre menores de 12 años.

<sup>8</sup> En la medida en que en ese momento cualquier contacto sexual con menor de 12 años era considerado no consentido y por tanto constitutivo de delito de abuso sexual. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, p. 176: “El problema especial que presentan estos delitos es precisamente si se puede hablar de ‘libertad sexual’ cuando los mismos recaen sobre menores o incapaces [...]. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej., menor de doce años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”.

<sup>9</sup> En cuanto al art. 181.2 del Código Penal de 1995 también consideraba delito de abuso sexual todo contacto sexual sobre persona de cuyo trastorno mental se abusara.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, p. 178: “Probablemente, se pretende proteger la libertad del menor en el futuro, para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual; pero, mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aún no existe”.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 11ª ed., 1996, pp. 176-177: “...actualmente en nuestro ámbito de cultura existe una especie de consenso no escrito sobre la ‘intangibilidad’ o ‘indemnidad’ que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. [...] En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”.

<sup>12</sup> Esta ley, aprobada durante el primer gobierno de Aznar a la cabeza del Partido Popular, entre otras cosas, incrementó las penas de todos los delitos de abusos sexuales (también de los cometidos sobre menores) y reintrodujo el delito de corrupción de menores. Las modificaciones operadas por esta ley se encuadraban en una

VIII, cambiando la denominación de “Delitos contra la libertad sexual”, por la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.<sup>13</sup>

Al margen del efecto simbólico o visualizador del fenómeno que podía provocar la mención expresa de la indemnidad sexual, en mi opinión esta modificación no era necesaria, pues entiendo, con otro sector doctrinal, que la protección de menores y de personas con discapacidad psíquica puede ser perfectamente reconducible al bien jurídico de la libertad sexual si este es entendido, no en sentido estricto como la libertad para autodeterminarse en materia sexual (libertad que ciertamente no cabría afirmar en casos de menores de muy corta edad),<sup>14</sup> sino como el interés en asegurar que los comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes.<sup>15</sup> La libertad sexual en sentido amplio, como bien jurídico protegido en todos los delitos sexuales, se dirigiría así a garantizar que las conductas sexuales se realicen con el consentimiento de quienes participan en ellas, lo que conduce a la prohibición tanto de los contactos sexuales no consentidos por quienes tienen capacidad para consentirlos (por

línea de reforma que, apenas 4 años después de la aprobación del nuevo Código Penal, no solamente contradecía el espíritu de este, sino el de las reformas habidas desde 1978. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, “Título VIII...”, 2004, p. 219. Como explica este autor, el origen de la LO 11/1999 se encontraba en una proposición no de ley aprobada por todos los grupos parlamentarios destinada sobre todo a subsanar lo que se entendían como desajustes en las penas de los abusos sexuales, pero el gobierno aprovechó la ocasión para presentar un proyecto que iba mucho más allá, pretendiendo una total modificación del Título VIII que, sin embargo, fue moderada considerablemente en su tramitación parlamentaria (DÍEZ RIPOLLÉS, “Título VIII...”, 2004, pp. 219-220).

<sup>13</sup> Sobre la modificación de la rúbrica del Título VIII y, en general, sobre el bien jurídico protegido en este Título tras la reforma de 1999, véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 79-98. Sobre el contexto de la reforma, sus antecedentes y las reacciones que provocó, véase TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 55-63.

<sup>14</sup> Me refiero a que, si se interpreta la libertad sexual como la parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, es totalmente coherente deducir que este bien jurídico no puede explicar los delitos sexuales contra menores (como concluía, antes de la reforma de 2022, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, pp. 215-216), pues ciertamente cuando castigamos por ejemplo a quien realiza tocamientos a un menor de 2 años, no lo hacemos porque se haya vulnerado la libertad de ese menor de decidir qué contactos sexuales quiere realizar y cuáles no. Lo que no comparto es el punto de partida, esto es, que la libertad sexual deba entenderse necesariamente así.

<sup>15</sup> Así DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 81-82. En el mismo sentido, entre otros, TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 65-66; y MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Título VIII...”, 2016, p. 305.

ejemplo, una agresión sexual realizada usando violencia sobre una víctima mayor de edad), como de los ejercidos sobre personas que no pueden consentirlos temporalmente (menores de cierta edad, personas privadas de sentido...) o de forma definitiva (personas con grave discapacidad psíquica o por ejemplo en coma irreversible).<sup>16</sup> Desde esta interpretación, resulta posible afirmar que también los menores ostentan libertad sexual.<sup>17</sup> De la misma forma, por cierto, que nadie sostiene, por ejemplo, que un menor con 8 o 10 años no pueda ser víctima de una detención ilegal salvo que se cree un bien jurídico específico...<sup>18</sup>

En cualquier caso, la rúbrica referida a la libertad e indemnidad sexual se mantuvo inalterada en posteriores reformas de este Título VIII. Así, no la modificó la LO 5/2010, de 22 de junio, que, entre otros cambios, por primera vez introducía una regulación separada, en un capítulo aparte (entonces Capítulo II bis del Ti-

tulo VIII del Libro II del Código penal), de los abusos y agresiones sexuales a menores<sup>19</sup>. Ni tampoco la cambió la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo cual ya era más problemático.<sup>20</sup>

En efecto, posiblemente la doble referencia a la libertad sexual y a la indemnidad sexual podía defenderse sin graves consecuencias hasta 2015 e incluso podía tener el valor simbólico antes indicado,<sup>21</sup> pero creo que tras dicha reforma era ya imposible mantenerla. Primero, porque al elevar la LO 1/2015 la edad del consentimiento sexual a 16 años, resultaba ya más difícil afirmar que los menores de esta edad carecían en todo caso de libertad para determinarse en el ámbito sexual. Y, segundo, porque, en la medida en que a partir de esta reforma el entonces art. 183 quater penalizaba las conductas consentidas por el menor de 16 años si las realizaba una persona próxima al menor en edad y madurez (véase *infra*, VI), creo que ya no era posible sostener que un menor con, por ejemplo, 15 años tuviera una libertad sexual que ejercer o una indemnidad sexual a proteger dependiendo, no de su propia edad y madurez, sino de la de la persona con quien mantenía la relación sexual.<sup>22</sup> De hecho, aun-

<sup>16</sup> En este sentido ya, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, p. 69, entendiendo el bien jurídico de la libertad sexual como el interés en "... asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, [...] la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad".

<sup>17</sup> Así también, por ejemplo, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 19; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 22; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 113; o CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 48 (con algún matiz, véanse pp. 51-55). En palabras de Caruso Fontán, "(t)odas las personas son libres y por ello gozan de libertad sexual, lo que no obsta que en algunos casos, dados los especiales supuestos en que pueden encontrarse, no requieran de una protección mayor. De acuerdo a ello, podemos plantear una distinción entre la titularidad de la libertad —de la cual, tal como dijéramos gozan todas las personas— de su ejercicio" (CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas...*, 2006, p. 164). Y añade (ob. cit., 2006, p. 178): "Cuando el moderno Derecho penal reconoce cada vez más la capacidad de discernimiento y voluntad de los menores, negarles directamente la posibilidad de ser titulares de libertad sexual resulta anacrónico. Pero más allá de ello, todas las personas son titulares de un derecho a la libertad, que no pierden aunque no puedan ejercerlo en su plenitud". En general sobre el bien jurídico protegido en el caso de sujetos pasivos menores, véase CARUSO FONTÁN, ob. cit., 2006, pp. 160-179.

<sup>18</sup> En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp. 113-114: "me parece muy discutible afirmar que los menores de corta edad no tienen libertad sexual, como si el resto de libertades no fuesen también un *continuum* que, en las primeras etapas de la vida humana, se encuentra desdibujado...".

<sup>19</sup> Sobre esta reforma y en especial sobre sus efectos sobre los abusos y agresiones sexuales sobre menores, véanse, por ejemplo, CUGAT MAURI, "Delitos...", 2010, pp. 227-236; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 18ª ed., 2010, pp. 238-241; CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2011, pp. 12-15; y MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos...*, 2011, pp. 41-223.

<sup>20</sup> En general respecto de la discusión sobre el bien jurídico protegido en estos delitos en ese momento véanse, por ejemplo, los análisis que realizan ROPERO CARRASCO, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, pp. 245-257; o CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, pp. 37-74.

<sup>21</sup> Aunque ciertamente tiene razón Ramos Vázquez cuando afirma críticamente que la indemnidad como bien jurídico "nos remite a un supuesto daño que ni tiene por qué existir ni se exige en absoluto para la apreciación del delito..." (RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 112) y "remite a una lógica de control y, a la postre, vulnerabilización de los menores" (RAMOS VÁZQUEZ, ob. cit., 2016, p. 114).

<sup>22</sup> En sentido similar, consideraba Ramos Vázquez que, tras la reforma de 2015, el art. 183 quater admitía la capacidad de menores de cualquier edad para consentir en materia sexual, "es decir, parece haber eliminado la incapacidad absoluta de consentir", lo que a su vez parece un argumento a favor del bien jurídico "libertad sexual" (RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 113). Consideraron también que la introducción del art. 183 quater por la reforma de 2015 supuso un reconocimiento de la libertad sexual de los menores, CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 60 ("el nuevo artículo 183 quater, en el que se recoge la indicada cláusula, supone un reconocimiento expreso de la libertad sexual de los menores, con independencia de su edad"); o BOLDOVA PASMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 16 ("el bien jurídico en juego, si se admite la validez del

que la reforma de 2015 mantuvo la referencia a la indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII, sin embargo la eliminó ya de la descripción típica del entonces delito de abuso sexual de menor de 16 años.<sup>23</sup>

No es extraño, por tanto, que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, haya dado un paso más y haya suprimido la referencia a la indemnidad sexual de la rúbrica del Título VIII. Veintisiete años después, esta ley de reforma vuelve a introducir la misma rúbrica que ya existía en la versión original del Código penal de 1995, “Delitos contra la libertad sexual”, lo que ha sido valorado positivamente por quienes criticaban la referencia a la indemnidad sexual por vaga y peligrosa.<sup>24</sup>

En el Preámbulo de la LO 10/2022 no se menciona, ni se argumenta o justifica expresamente esta modificación,<sup>25</sup> aunque es cierto que, cuando se refiere en su apartado I a los comportamientos sexuales constitutivos de violencias sexuales, habla de “... actos de naturaleza sexual *no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado...*”,<sup>26</sup> y algo similar puede leerse en el art. 3.1 de la LO 10/2022 cuando se define el ámbito de aplicación de esta ley.<sup>27</sup> Por

su parte, en el art. 3.4 se dice que “(e)n el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas”.

De todo esto creo que cabe deducir que el bien jurídico protegido ahora en el Título VIII es la libertad sexual en el sentido amplio antes descrito, como el interés en asegurar que los comportamientos sexuales tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes. En concreto en relación a los menores de 16 años, la libertad sexual se dirigiría a prohibir los contactos sexuales no consentidos (en el escaso margen que otorga al consentimiento de los menores de 16 años el art. 183 bis, heredero del anterior art. 183 quater) y los ejercidos sobre menores que no pueden consentirlos, protegiendo en su caso una libertad sexual potencial o en formación.<sup>28</sup>

Lo que no parece coherente, sin embargo, es indicar en la rúbrica del Título VIII que también respecto de menores el bien jurídico protegido es la libertad sexual y a la vez mantener la edad del consentimiento sexual en 16 años, en cuanto se prohíbe todo contacto sexual con menores de esa edad (salvo que tenga lugar entre iguales). En efecto, al aumentar la edad del consentimiento sexual en 2015, convirtiendo en delito todo contacto sexual con menores de 16 años (salvo que haya cercanía en edad y madurez), se despoja a esos menores del derecho a decidir sobre su libertad sexual.<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta todo lo dicho, paso ahora a analizar las diferentes modalidades delictivas que, en sentido amplio, el Código Penal denomina “agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, integradas

---

consentimiento del menor a las acciones sexuales con terceros en determinadas circunstancias en virtud del art. 183 quater, deja de ser la indemnidad sexual y es solo la libertad sexual”).

<sup>23</sup> Así, la descripción típica del delito de abuso sexual a menor cambiaba de realizar “actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”, a la de realizar “actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”, obviando, así, la referencia a la indemnidad sexual. Curiosamente, el término se seguía empleando tras la reforma de 2015 en la descripción típica del delito de abuso sexual (a mayores de 16 años) del art. 181.1 CP: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o *indemnidad sexual* de otra persona...” (la cursiva es mía).

<sup>24</sup> Consideraba, por ejemplo, que la referencia a la indemnidad sexual, por imprecisa, generaba el riesgo de justificación a la introducción de intereses vagos o simplemente de contenido moral, como puede verse en el delito de corrupción de menores (reintroducido por la LO 11/1999, de 30 de abril), el de posesión de pornografía infantil para el propio uso (LO 15/2003, de 25 de noviembre) o el de tráfico de pornografía virtual (LO 1/2015, de 30 de marzo), AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, pp. 63-64.

<sup>25</sup> Criticando esta eliminación, y que se haga sin ningún razonamiento que la explique, ESQUINAS VALVERDE, “El delito...”, 2022, p. 216.

<sup>26</sup> La cursiva es mía.

<sup>27</sup> Art. 3.1 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre: “El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que *condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado*, incluyendo el ámbito digital [...]”. La cursiva es mía.

---

<sup>28</sup> Así DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 5. En contra de lo afirmado en el texto, sigue sosteniendo, a pesar de la modificación de la rúbrica del Título VIII por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que la indemnidad sexual es también bien jurídico protegido en estos delitos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 224-225.

<sup>29</sup> En este sentido crítico también DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 14: “No cuesta trabajo apreciar que lo que late tras este desmesurado límite de edad es una actitud de recelo o directo rechazo a la sexualidad, trufada de connotaciones moralistas”.

ahora, tras la reforma de 2022, en el Capítulo II del Título VIII, y que incluyen el delito de agresión sexual a menor de dieciséis años (en sentido estricto, véase apartado 3), el delito de hacer presenciar al menor de dieciséis años actos de carácter sexual (véase apartado 4) y los delitos de contacto telemático con menor de dieciséis años (véase apartado 5). Por último, trataré brevemente la cláusula de exención de la responsabilidad penal del art. 183 bis (apartado 6). En lo que sigue me centraré, sin embargo, solamente en las modificaciones introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

### 3. El delito de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181 CP)

#### 3.1. Cuestiones previas: la supresión de la distinción agresión/abuso y la definición de consentimiento

Con independencia de la edad de la víctima, desde 1995 el Código penal diferenciaba entre agresión sexual (como acto sexual conseguido con violencia o intimidación) y abuso sexual (como acto sexual no consentido, pero logrado sin violencia ni intimidación). Esta diferenciación, de hecho, era toda una seña de identidad del Código penal de 1995 en relación a su predecesor<sup>30</sup> y supuso un cambio de perspectiva que fue valorado positivamente por la doctrina en el momento de su introducción.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> En efecto, si el Código Penal de 1973 ponía el acento en el delito de violación y en la penetración, el Código penal de 1995 consideró más adecuado para proteger la libertad sexual ordenar los delitos, no en función de si había habido o no penetración, sino de la gravedad del ataque a la libertad, y por tanto distinguiendo en función de si se empleaba o no violencia o intimidación, aunque ciertamente el tipo de contacto sexual pudiera (y siga pudiendo en la actualidad tras todas las reformas habidas en la materia) influir en la pena a imponer.

<sup>31</sup> Aunque se admitía la existencia de errores y problemas no resueltos (así, por ejemplo, véanse TAMARIT SUMALLA, *La protección...*, 2000, pp. 184-185; o GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 10). En este sentido, afirmaba Lamarca Pérez que la reforma parecía "...encaminarse a poner definitivamente el acento de la incriminación de esta clase de conductas en la forma de doblegar la voluntad de la víctima, más que en el concreto comportamiento sexual llevado a cabo; esto es, la reforma responde a la idea de que el Código penal debe proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí" (LAMARCA PÉREZ, en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 50).

Con el tiempo, sin embargo, esta distinción ha ido perdiendo adeptos,<sup>32</sup> en especial tras el "caso La Manada".<sup>33</sup> Tras un abierto y enconado debate suscitado (o incrementado) por este caso, la polémica habida ha conducido a la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual a través de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.<sup>34</sup>

Según el apartado III del Preámbulo de la ley de reforma, esta supresión era necesaria para cumplir con las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul,<sup>35</sup> argumento que también ha usado el sec-

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, respecto de la reforma de 2010 y en concreto en relación a la cualificación que se introdujo para el delito de abusos sexuales a menores cuando la víctima era menor de 4 años, consideraba Cancio Meliá que son "... muy particularmente estos casos los que mostraron que el punto de partida general de toda la regulación instaurada en el CP 1995, en el sentido de que será más grave la violencia/intimidación que el abuso sin esos medios, no (siempre) cuadra desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico" (CANCIO MELIÁ, en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, p. 15).

<sup>33</sup> Efectivamente, la puesta en cuestión de la reorganización adoptada por el Código Penal de 1995 fue más enérgica a raíz del conocido "caso La Manada", en el que varios hombres atentaron contra la libertad sexual de una joven, metiéndola en un estrecho portal, rodeándola y llevando a cabo penetraciones múltiples por turnos vía bucal, vaginal y anal. La primera sentencia (SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo) condenó por delito continuado de abuso sexual, por entender que hubo prevalimiento, pero no agresión sexual intimidatoria. Esta resolución terminó provocando manifestaciones masivas de amplios sectores sociales, sobre todo de los movimientos feministas, que desembocaron en el Anteproyecto de ley orgánica de protección integral de la libertad sexual, aprobado por el Consejo de Ministros en marzo de 2020, después en el Proyecto 121/000062 de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26.07.2021) y finalmente en la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Sobre el "caso La Manada", véanse FARALDO CABANA/ ACALLE SÁNCHEZ (dir.), *La Manada...*, 2018, *passim*; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, "Reflexiones..." , 2020, pp. 1761-1770.

<sup>34</sup> La vinculación de la reforma a estos hechos se reconoce en el propio Preámbulo de la LO 10/2022, cuando se dice en el apartado I: "En los últimos años, gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación".

<sup>35</sup> El llamado Convenio de Estambul es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España por Instrumento de 18 de marzo de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014). Según el apartado III del Preámbulo de la LO 10/2022: "La disposición final cuarta modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atentan contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul" (la cursiva es mía).

tor doctrinal partidario de la misma.<sup>36</sup> No hay nada, sin embargo, en el Convenio de Estambul que en mi opinión obligara a realizar este cambio en concreto.

En efecto, en relación a la violencia sexual, el art. 36.1 del citado Convenio obligaba a las partes a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito (incluso cuando los responsables sean las parejas o exparejas de la víctima): “a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”. Creo que ninguna reforma era necesaria en España al respecto, al estar ya tipificadas como delito (de abuso sexual o de agresión sexual a adultos o a menores) todas las conductas incluidas en esta lista. La supresión de la distinción agresión/abuso sexual no era, pues, una obligación impuesta por el Convenio de Estambul,<sup>37</sup> sino que constituye una decisión político criminal que creo criticable, por cuanto se equiparan conductas de muy distinta gravedad (como, por ejemplo, respecto de un mayor de 16 años, un tocamiento en la zona genital aprovechando un descuido de la víctima y el conseguido con graves amenazas).<sup>38</sup>

De otro lado, el apartado 2 del mismo art. 36 del Convenio añadía que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. De este precepto se ha querido deducir que, antes de la reforma de 2022, el Código penal español no respetaba el Convenio de Estambul porque este enfatiza la falta de consentimiento de la víctima y por el contrario el Código penal concedía “... una importancia crucial a los medios que emplea el autor para conseguir llevar a cabo el acto de contenido sexual”.<sup>39</sup> Desde esta perspectiva, era necesario eliminar la diferencia entre abuso y

agresión sexual, y poner el acento, no ya en el medio comisivo del atentado contra la libertad sexual, sino en la ausencia de consentimiento de la víctima.<sup>40</sup> No puedo estar de acuerdo con esta afirmación, pues en el Código penal de 1995, desde su entrada en vigor, lo que distinguía la conducta sexual atípica de la constitutiva de abuso o agresión sexual no era otra cosa que la existencia o no de consentimiento, siendo el uso de violencia o intimidación solo una razón para aumentar la pena.

En cualquier caso, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha incluido en el art. 178.1, en relación a la agresión sexual sobre mayores de 16 años, una especie de definición de consentimiento (“Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”). En mi opinión, y aunque la regulación anterior fuera ciertamente mejorable, el problema no está tanto en la letra de la ley, como en su aplicación por los tribunales, por lo que, con la anterior regulación o con la vigente tras la reforma de 2022, con gran probabilidad seguiremos encontrándonos sentencias problemáticas e incluso escandalosas hasta que no cambie la mentalidad de algunos de nuestros jueces y magistrados. Porque, no lo olvidemos, a menudo se interpreta como un defecto de la regulación vigente lo que es más un problema de prueba o, mejor dicho, de los hechos que los jueces y tribunales consideran o no probados.<sup>41</sup> Como indican Acale y Faraldo, “... por mucho que se mejoren nuestras leyes, si al mismo tiempo no se adoptan medidas que apunten al soporte ideológico del patriarcado, caldo de cultivo de aquella violencia contra la que se quiere luchar, no podemos eliminar los estereotipos y prejuicios sociales que todavía anidan en sectores relevantes de la sociedad”.<sup>42</sup> Precisamente por eso,

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, en relación al Anteproyecto de 2020, ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, pp. 47-49 y especialmente pp. 52-54.

<sup>37</sup> Así también, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 6; y ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 322-324.

<sup>38</sup> Críticos con la supresión de la distinción entre agresión y abuso sexual se muestran, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 9-13; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 224.

<sup>39</sup> ACALE SÁNCHEZ, “Los delitos...”, 2022, p. 49.

<sup>40</sup> A favor del sentido de esta reforma, véanse, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, 2018, pp. 25-29; y ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, pp. 52-58.

<sup>41</sup> En este mismo sentido, véase MUÑOZ CONDE, en *Revista Penal*, 2019, pp. 294-295. De hecho, en el “caso La Manada” sin ningún cambio legal los hechos fueron finalmente valorados por la STS 344/2019, de 4 de julio, como un contacto sexual conseguido por intimidación y, por tanto, como agresión sexual cualificada por violación.

<sup>42</sup> ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, 2018, p. 29. Y, si no lo creen, lean el voto particular de la primera sentencia en el “caso La Manada”, la SAP de Navarra 38/20218, de 20 de marzo, e indígnense.

no creo que la situación legal cambie sustancialmente por la mera existencia de la definición incluida ahora en el art. 178.1 cp.<sup>43</sup>

Más sentido tiene, en mi opinión, el argumento de que la reforma de 2022 contribuye, con este cambio de perspectiva, a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria.<sup>44</sup> En este sentido, sostiene por ejemplo Acale que, en casos como el de “La Manada”, en los que antes de la reforma se ponía de manifiesto la dificultad de deslindar los supuestos de contacto sexual conseguido con “intimidación ambiental” (constitutivos de agresión sexual) y los logrados con prevalimiento (constitutivos entonces de abuso sexual, castigados con una pena inferior), esa dificultad provocaba que los tribunales invirtieran a menudo el razonamiento en virtud del cual dan por probados o no los hechos, indagando en el comportamiento de la víctima, más fácil de controlar procesalmente que el del autor.<sup>45</sup> Habrá que esperar, entonces, a ver si en este aspecto cambia en algo la situación.<sup>46</sup>

En cualquier caso, en relación a víctimas menores no se da ninguna definición de consentimiento, ni hay ninguna remisión a la que se da en el art. 178.1 para víctimas mayores de 16 años, ni siquiera en el art. 183 bis (véase *infra* VI), donde simplemente se habla del “libre consentimiento del menor de dieciséis años”. Y en cuanto a la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual, veremos en los siguientes apartados que se ha llevado a cabo de forma completamente distinta en relación a adultos y a menores.

<sup>43</sup> En sentido similar, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2ª ed., 2022, p. 234: “el problema de determinar si una relación sexual fue o no consentida no se resuelve con definiciones legales más o menos ingeniosas, sino por el tribunal sentenciador tras una ponderada, racional y fundada valoración de los elementos probatorios concurrentes en cada caso”. Una amplia crítica a la definición de consentimiento del art. 178.1 (en relación al Proyecto de 2021, que ya contenía esta cláusula) puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 295-326.

<sup>44</sup> Argumento incluido expresamente en el apartado III del Preámbulo de la LO 10/2022: “La disposición final cuarta modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. *Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria*” (la cursiva es mía).

<sup>45</sup> ACALE SÁNCHEZ, “Los delitos...”, 2022, p. 58.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

Tras la reforma de 2022, en el Capítulo I del Título VIII (ahora denominado “De las agresiones sexuales”) se prevé, para víctimas mayores de 16 años, el delito de agresión sexual tipo básico en el art. 178, el tipo cualificado de violación en el art. 179 y otros tipos cualificados en el art. 180. En este ámbito, en relación a víctimas mayores de 16 pero menores de 18 años, es necesario resaltar la desaparición, ampliamente reclamada por la doctrina, del anterior art. 182, referido antes de la reforma a ciertos casos de abuso sexual sobre víctimas en esta franja de edad, que ahora pasan a regirse por las reglas generales de los delitos sexuales contra adultos del Capítulo I.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Antes de la reforma de 2022, el art. 182 castigaba la realización de actos sexuales con personas mayores de 16 y menores de 18 años cuando intervenía engaño (modalidad delictiva heredera del tradicional delito de abuso fraudulento) o abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (modalidad introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo). Al respecto, en lo relativo a la tradicional modalidad de engaño, la doctrina criticó que, si ya resultaba difícil antes de la elevación de la edad del consentimiento operada en 2015 delimitar el ámbito de conductas en las que fuera posible un engaño de esta naturaleza a personas de entre 13 y 16 años (así, por ejemplo, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, 2003, p. 24), la tarea era casi imposible en personas de más de 16 años (así, entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales...”, 2015, p. 605; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 137; o CUGAT MAURI, “Artículo 182 cp...”, 2022, p. 228). Se trataba, además, de una figura con poca virtualidad práctica, en cuanto la mayoría de los supuestos eran reconducibles al abuso por prevalimiento (CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 136). Por ello, la doctrina propuso la desaparición de esta modalidad delictiva (véanse, por ejemplo, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales...”, 2015, p. 604; MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 446; DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 12; o CUGAT MAURI, “Art. 182 cp...”, 2022, pp. 238-239 y 244-246). Sin embargo, el legislador de 2015 no solo no derogó el art. 182, sino que aumentó su ámbito típico incluyendo los casos de contacto sexual sobre menores entre 16 y 18 años abusando “de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia de la víctima”. Esta nueva modalidad se introdujo supuestamente para incorporar el art. 3.5.i) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, y el art. 18.1.b) del Convenio de Lanzarote. Sin embargo, esta reforma no tuvo en cuenta que las conductas mencionadas en estos instrumentos internacionales ya eran punibles en España a través del delito de abuso por prevalimiento del entonces art. 181.3 cp, aplicable sin limitación de edad (así por ejemplo CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 138; CUGAT MAURI, “Art. 182 cp...”, 2022, pp. 228-229; y ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, en *Revista Penal*, 2022, p. 117). Una vez más, se incorporaba normativa comunitaria y/o internacional sin adaptarla a nuestro Derecho o integrarla de forma armónica. Por todo ello, parecía que la única solución aceptable era suprimir por completo el delito contenido en el anterior art. 182, que es lo que finalmente ha hecho la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

Por lo que respecta al actual Capítulo II del Título VIII, se dedica ahora a las “agresiones sexuales a menores de dieciséis años” (eliminándose, lógicamente, la referencia que se hacía a los abusos sexuales en la anterior rúbrica del ahora desaparecido Capítulo II bis). Las modificaciones aquí son abundantes. Veámoslas más detenidamente.

### 3.2. El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.1 CP)

Según el nuevo art. 181.1, “el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años”. Esta definición de la conducta típica, e incluso la pena que tiene prevista, coinciden aparentemente de forma plena con las que se recogían antes de la reforma en el anterior art. 183.1 (que castigaba con prisión de 2 a 6 años a quien “realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”). Sin embargo, en realidad hay tres diferencias esenciales.

a) La primera diferencia está en que esta definición antes era la del delito de *abuso* sexual a menor de 16 años y ahora es la del delito de *agresión* sexual a menor de 16 años, abarcando por tanto el tipo básico ahora, como en adultos, lo que antes era abuso y agresión sexual. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, la supresión de esta distinción no se realiza de igual modo en el Capítulo I y en el Capítulo II, pues en relación a víctimas mayores de 16 años se integran en el mismo tipo básico, con la misma pena (art. 178 CP), todos los contactos sexuales no consentidos, incluidos los conseguidos con violencia o intimidación,<sup>48</sup> mientras que, en relación a víctimas menores de 16 años, aunque en principio se integran en el

tipo básico también todos los actos sexuales realizados (excepto los amparados en la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del art. 183 bis), el uso de violencia o intimidación (o el de cualquier otro medio comisivo de los mencionados en el art. 178.2, véase *infra*, III.3.1) daría lugar a la aplicación de un tipo cualificado (art. 181.2, párrafo primero).<sup>49</sup> En otras palabras, respecto de menores se ha suprimido formalmente la distinción abuso/agresión, pero en la práctica tal distinción sigue existiendo, pues seguirá siendo necesario determinar, a efectos de aplicar el tipo básico o el cualificado, si ha habido o no violencia o intimidación. Eso sí, al integrarse también en el tipo cualificado del art. 181.2 CP, entre otros, los casos de abuso por prevalimiento, ciertamente deja de ser relevante el problema de deslindarlos de los de uso de intimidación.

b) La segunda diferencia relevante en la regulación actual respecto de la anterior a la reforma de 2022 es que el párrafo segundo del art. 181.1 CP indica ahora expresamente que, a los efectos del tipo básico del delito de agresión sexual a menor de 16 años, “... se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”.

Antes de la LO 10/2022, la cuestión de si el abuso sexual sobre menor de 16 años exigía o no contacto físico sexual autor-víctima no era pacífica. En efecto, el anterior art. 183.1 definía el tipo básico del delito de abuso sexual como la realización “de actos de carácter sexual con un menor de 16 años”, mientras que el anterior art. 183.2 equiparaba expresamente, a efectos de aplicar agresión sexual sobre menores, la realización de actos sexuales sobre menor de 16 empleando violencia o intimidación y el compelerle con violencia o intimidación “a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”. Con dicha regulación, el hecho de que estos últimos supuestos se mencionaran expresamente solo para el delito de agresión sexual sobre menor de 16 años, se venía interpretando por un sector doctrinal, en el que yo me incluía también, en el sentido de que en el tipo básico

<sup>48</sup> Art. 178: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

<sup>49</sup> Art. 181.2: “Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años [...]”.

del delito de abuso sexual sobre menor de 16 era preciso por el contrario el contacto físico sexual autor-víctima.<sup>50</sup> Por lo demás, esta interpretación no conducía a considerar impunes los supuestos en que sin violencia o intimidación se instara a un menor de 16 años a realizar actos sexuales con un tercero o sobre sí mismo, pues esos casos eran perfectamente reconducibles al anterior art. 183 bis, que castigaba la conducta de determinar a menor de 16 años a “participar en un comportamiento de naturaleza sexual”.<sup>51</sup> Parecía más justo, además, que, no existiendo violencia ni intimidación, la pena fuera más elevada cuando había un contacto sexual autor-víctima (prisión de 2 a 6 años) que cuando, por ejemplo, el autor instaba al menor a un contacto sexual sobre sí mismo (prisión de 6 meses a 2 años).

Tras la reforma, por tanto, al indicarse ahora expresamente que, a los efectos del delito de agresión sexual a menor de 16 años, se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor, lo que se impone es el criterio de que los actos realizados por el menor de 16 años con un tercero o sobre sí mismo “a instancias del autor” no es ya que *se equiparen* a efectos de pena (como se hacía antes de la reforma en el delito de agresión sexual a menores), es que ahora entran dentro del concepto de “realizar actos de carácter sexual” con un menor.<sup>52</sup>

En conclusión, no es novedad de la reforma de 2022 que se incluyan en el delito de agresión sexual contra menores los casos en que con violencia o intimidación se obliga al menor a que realice actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, pero sí que este delito abarque ahora también los supuestos en que se insta al menor a hacerlo sin violencia ni intimidación, casos que como hemos visto antes se incluían en el anterior art. 183 bis. El contacto físico sexual autor-víctima ya no es, por tanto, requisito necesario en la conducta típica de realizar “actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años” del actual art. 181.1.<sup>53</sup> Por lo demás, esta concepción se corresponde con la más reciente jurisprudencia que, ya con la redacción anterior a la reforma, estaba haciendo en esta materia una interpretación amplia tanto en delitos sexuales contra menores,<sup>54</sup> como contra adultos.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Nada impide ahora, además, que esta ampliación se extienda interpretativamente también a la agresión sexual cometida contra adultos...

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, la sts 450/2018, de 10 de octubre. Se trataba de un sujeto que, “con intención de satisfacer su ánimo libidinoso”, contacta con un menor, de 12 años de edad, y consigue que en cinco ocasiones le acompañe al vestuario de un polideportivo, se baje los pantalones y se masturbe, indicándole cómo tenía que hacerlo, al tiempo que él también se masturbaba. La sentencia consideró que se trataba de una conducta típica de abuso sexual del anterior art. 183.1 y no del delito de determinar al menor a participar en acto sexual del anterior art. 183 bis CP. La sentencia consideró que lo que diferenciaba ambos delitos era que en el antiguo delito del art. 183 bis el autor no participaba en el hecho de naturaleza sexual y en el antiguo delito de abuso sexual de menores, sí participaba.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, la sts 377/2018, de 23 de julio, consideró que había abuso sexual sin necesidad de que existiera contacto físico entre autor y víctima. Se trataba de un caso de lo que se ha denominado abusos sexuales cometidos por internet, cibersexo o “sextorsión”: el sujeto, a través de internet, obligó a varias mujeres a llevar a cabo ante una webcam actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas de contenido sexual que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos. La citada sentencia indicaba que en este supuesto el autor del delito se situaba en una “posición de superioridad virtual por internet” que le permitía vencer la inicial oposición de la víctima a llevar a cabo actos de carácter sexual, lo que daba lugar a la calificación de abusos sexuales en la medida en que había actos sexuales no consentidos. En sentido similar se han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo 311/2020, de 15 de junio, y 447/2021, de 26 de mayo, en sendos casos en los que el sujeto obligaba a las víctimas a masturbarse en la webcam o en vídeos amenazándolas con publicar ciertas imágenes conseguidas de ellas con engaño, aunque entendiéndose que, al haber intimidación, la calificación que correspondía era la de agresión sexual.

<sup>50</sup> Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, “Delitos...”, 2015, p. 427; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp. 123-124; BOZA MARTÍNEZ, “Los delitos...”, 2019, pp. 280-281; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 122; o PÉREZ ALONSO, en *InDret*, 2019, p. 18. En contra, considerando que la inclusión expresa de estas conductas en el art. 183.2 no implicaba su exclusión del anterior delito de abuso sexual contra menores del art. 183.1, aunque no se mencionaran en esa sede estas conductas típicas, y por tanto considerando que el contacto físico sexual no era ya antes de la reforma de 2022 requisito del entonces delito de abuso sexual, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 447; o MONGE FERNÁNDEZ, “De las agresiones...”, 2022, pp. 272-274 y 282.

<sup>51</sup> Así también, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, “Delitos...”, 2015, p. 428; o MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, p. 241.

<sup>52</sup> Consecuentemente, el heredero del antiguo art. 183 bis, el actual art. 182, ha eliminado la conducta típica de “determinar a participar en comportamiento de naturaleza sexual”, manteniendo la otra conducta típica, de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual. Sobre ese tema volveré *infra*, IV.

c) La tercera diferencia de la nueva regulación introducida en el art. 181.1 frente a la anterior es más compleja y se refiere a la pena. Al respecto, aunque el marco penal para el tipo básico del nuevo delito de agresión sexual con menor de 16 años aparentemente sea el mismo que se preveía antes en el art. 183.1 para el tipo básico del delito de abuso sexual a menores, en realidad encubre un importante incremento punitivo.

En efecto, antes de la reforma de 2022 el tipo básico de abuso sexual a menores de 16 años se castigaba con la pena de prisión de 2 a 6 años. Tras la reforma, el tipo básico de la nueva agresión sexual a menores prevé prisión de 2 a 6 años. ¿La misma pena? Sí. Pero para un número mucho mayor de supuestos en la actualidad. En efecto, la pena del tipo básico del nuevo delito de agresión sexual castiga los antiguos casos de abuso sexual a menores (respecto de los cuales la pena no cambia, cierto), pero también, como acabamos de ver, algunos de los comprendidos en el primer inciso del anterior art. 183 bis (contacto sexual del menor de 16 años sobre sí mismo o con tercero a instancias del autor), que tenían prevista pena inferior (prisión de 6 meses a 2 años).

### 3.3. Tipos cualificados

#### 3.3.1. El tipo cualificado del art. 181.2 CP

Los supuestos que se mencionan en el art. 178.2 CP en relación a adultos como casos en que ha de entenderse que hay siempre agresión sexual (cometidos con violencia, intimidación o abuso), son en el ámbito de los menores de 16 años tipos cualificados (art. 181.2 CP), castigados con pena de prisión de 5 a 10 años.

En efecto, cuando la víctima es mayor de 16 años, el art. 178.1 CP considera agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona por realizarse sin su consentimiento,<sup>56</sup> añadiendo el art. 178.2 que a estos efectos se consideran en todo

<sup>56</sup> Más concretamente, según el art. 178.1, tras la reforma de 2022, comete agresión sexual “el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin* su consentimiento” (la cursiva es mía). Dado que es absurdo entender que se puede “atentar” contra la libertad sexual de una persona “con” su consentimiento, deduzco que lo que quiere decir el art. 178.1 es, como digo en el texto, que constituye agresión sexual el acto que atente contra la libertad sexual de una persona “por realizarse sin” su consentimiento.

caso agresión sexual “los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.<sup>57</sup>

Por el contrario, en el caso de víctimas menores de 16 años, cuando en los actos sexuales se dan esas mismas circunstancias de violencia, intimidación o abuso no es que se consideren como no consentidos (ya que son no consentidos por el mismo hecho de realizarse con menores de 16, salvo lo dispuesto en el art. 183 bis, heredero del anterior art. 183 quater), sino que dan lugar a la aplicación de un tipo cualificado.<sup>58</sup> Un tipo cualificado que ahora engloba tanto lo que antes de la reforma era agresión sexual de menores de 16 años (actos de carácter sexual con menor de 16 cometidos empleando violencia o intimidación), como otros supuestos que se consideraban hasta ahora como abusos sexuales, aunque muchos de ellos (si no todos) podían cualificarse por el anterior art. 181.4 (especial vulnerabilidad, prevalimiento). Con más detalle, se cualifica ahora el delito de agresión sexual de menores de 16 años en el art. 181.2 CP cuando hay:

1. *Uso de violencia o intimidación.* Como ya he dicho, estos supuestos se corresponden con los que antes de la reforma de 2022 se consideraban ya agresión sexual y se castigaban con una pena

<sup>57</sup> La redacción legal es, en todo caso, criticable, pues se afirma que se consideran “en todo caso” agresión sexual “los actos de contenido sexual cuando se realicen *empleando* violencia o intimidación” (la cursiva es mía). Hubiera sido preferible decir que hay agresión sexual cuando el acto sexual “se consigue” empleando violencia o intimidación, para dejar de forma clara e indubitada las relaciones sadomasoquistas entre adultos fuera del ámbito penal. Se puede llegar obviamente a esta interpretación también con ayuda del bien jurídico protegido, entendiendo que se refiere a los actos del apartado anterior, esto es, a los que se realizan atentando contra la libertad sexual del otro, pero hubiera sido preferible una redacción más clara en este sentido.

<sup>58</sup> La equiparación a efectos penológicos de los actos cometidos con violencia y/o intimidación y los cometidos con abuso ha sido criticada por un sector de la doctrina, por entender que los segundos no tienen la misma gravedad que los primeros. Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, p. 67 (respecto del Anteproyecto de 2020); ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual...”, 2022, pp. 324-325 (respecto del Proyecto de ley de 2021); o (respecto ya de la LO 10/2022) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 236-237 (en relación a víctimas mayores de 16 años, pero con un razonamiento trasladable aquí).

agravada respecto de los antiguos abusos sexuales de menores. La relación concursal aquí con los delitos de coacciones y amenazas es claramente de concurso de leyes, al tenerse en cuenta ya la violencia y/o la intimidación para aplicar este tipo cualificado, por lo que amenazas y coacciones quedarán absorbidos.

La única novedad en esta materia es que, respecto de menores de 16 años, desaparece en gran medida el problema de diferenciar la intimidación (especialmente la ambiental) del prevalimiento, al dar lugar también el prevalimiento a la aplicación de este mismo tipo cualificado. Y digo “en gran medida” y no “por completo” porque, como veremos después, la posibilidad de atenuación facultativa de la pena prevista en el art. 181.2, párrafo segundo, se excluye si hay violencia o intimidación, por lo que la necesidad de deslindar intimidación de prevalimiento sigue existiendo para los supuestos en que, por las circunstancias concurrentes, el juez o tribunal se plantee hacer uso de esta atenuación facultativa de la pena.

2. *Abuso de una situación de superioridad.* Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado con prevalimiento daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del anterior art. 183.4.d), castigado con pena de prisión de 4 a 6 años. Ahora da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2, castigado con prisión de 5 a 10 años. Se incrementa aquí, pues, la pena. Por otro lado, aunque con esta nueva regulación desaparecen los problemas de delimitación entre intimidación ambiental y prevalimiento, sin embargo se presentan ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022 en el art. 181.4.e) (prevalimiento) y 181.4.a) (actuación conjunta). De esos problemas nos ocuparemos *infra*, en el apartado 3.3.3.

En cuanto a la relación de superioridad, se puede basar en cualquier circunstancia (como por ejemplo ser el sujeto profesor, entrenador o psicólogo del menor). Pero si este tipo cualificado se aplica en base a un abuso de la relación de superioridad por parte del ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro u otra persona encargada de hecho o de derecho de la víctima menor, no será aplicable además la cualificación del art. 192.2 CP.

3. *Abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.* Similares cuestiones a las que acabamos de referirnos se plantean con esta cualificación. Antes de la reforma de 2022, el abuso sexual sobre menores de 16 años realizado sobre víctima en situación de especial vulnerabilidad daba lugar al tipo cualificado de abuso sexual del art. 183.4.a), castigado antes de la citada reforma con pena de prisión de 4 a 6 años. Tras la reforma, da lugar a agresión sexual sobre menores tipo cualificado por el art. 181.2, castigado con prisión de 5 a 10 años: se incrementa aquí también, por tanto, la pena aplicable.

La cualificación no menciona un listado de causas de la vulnerabilidad, bastando que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad, por la razón que sea, que disminuya sus posibilidades de ofrecer resistencia.<sup>59</sup> Se pueden incluir, así, por ejemplo, agresiones sexuales a menores que *sean* vulnerables (por ejemplo, por tener una muy corta edad o una grave discapacidad física), pero también a menores que *se encuentren* puntualmente en una situación de vulnerabilidad (borrachos, drogados, gravemente enfermos, etc.), aunque no lleguen a estar privados de sentido (véase *infra*), siempre que verdaderamente se abuse de la situación en la que se encuentran.<sup>60</sup>

Por otro lado, también se dan aquí ahora nuevos problemas de solapamiento y *bis in idem* con las cualificaciones introducidas por la LO 10/2022, en este caso con el tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

4. *Actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido.* Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en

<sup>59</sup> Esta cualificación ya había sufrido una reforma relevante por la LO 8/2021, de 4 de junio, que había cambiado una redacción que ponía el énfasis en la “calidad” de vulnerable de la víctima (“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”), a otra en la que se incidía en la “situación” de vulnerabilidad de la víctima (“Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”). Esta referencia a la situación de vulnerabilidad, mucho más amplia, se ha mantenido tras la reforma de 2022 tanto en el art. 181.2 (por remisión al art. 178.2), como en el art. 181.4.c) CP.

<sup>60</sup> En este sentido también, aunque refiriéndose a mayores de 16 años, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, pp. 238.

relación a menores de 16 años,<sup>61</sup> aunque ningún problema había para considerar que la víctima privada de sentido era una víctima en situación de vulnerabilidad y, en consecuencia, calificar la conducta como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a). Por tanto, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que el anterior y plantea el mismo problema de compatibilidad con el actual tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

Por lo demás, tras la reforma de 2022, y dado que se diferencia (aunque no a efectos de pena) entre víctima en situación de vulnerabilidad y víctima privada de sentido, habrá que incluir en este supuesto, y no en el anterior, los casos de víctima inconsciente (en coma, desmayada, profundamente dormida, etc.). Si es el propio autor del contacto sexual el que ha privado de sentido a la víctima para ejecutar el acto (emborrachándola, por ej.), el supuesto encaja tanto aquí como en el de uso de violencia, pero la cualificación no exige esta coincidencia, pudiendo aplicarse por tanto también cuando el sujeto se aprovecha de una situación que no ha provocado él. Sobre este tema volveremos *infra*, cuando tratemos las cualificaciones del art. 181.4.

5. *Abuso de situación mental.* Antes de la reforma de 2022, no se mencionaba esta situación expresamente en relación a menores de 16 años,<sup>62</sup> aunque tampoco había aquí ningún problema en reconducir este supuesto al de víctima en situación de vulnerabilidad y, por tanto, calificarlo como abuso sexual a menores de 16 años cualificado por el anterior art. 183.4.a). En consecuencia, este supuesto ha sufrido el mismo incremento de pena que los dos anteriores y plantea el mismo problema de compatibilidad con el tipo cualificado del art. 181.4.c) (víctima en situación de especial vulnerabilidad).

La actual redacción se refiere a la “situación mental”, término que ha sido criticado por un sector de la doctrina por su vaguedad.<sup>63</sup> Lo que está claro, en cualquier caso, es que esta cualificación abarca no solamente los actos sexuales ejecutados abusando de una discapacidad psíquica permanente del menor, sino también otros actos sexuales ejecutados sobre el menor abusando de cualquier trastorno mental transitorio. A la inversa, la mera constatación de la “situación mental” (sea lo que sea eso) no da lugar a esta cualificación, pues, como en las anteriores, lo relevante es que se abuse de ella.

6. *Actos sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad.* La referencia a víctimas con la voluntad anulada es una novedad de la reforma de 2022.<sup>64</sup> El contenido de esta cualificación no está en mi opinión del todo claro. No puede estar refiriéndose a víctimas privadas de sentido ni a personas con anomalías psíquicas, porque estas se incardinarían en otros supuestos (víctima privada de sentido o abuso de situación mental). Parece más bien que esta cualificación se está refiriendo a casos de ingestión de alcohol, drogas o fármacos que, sin llegar a privar de sentido a la víctima, le afecten de forma relevante, por ejemplo, favoreciendo la libido. En cualquier caso, si el menor está suficientemente desarrollado para entender la trascendencia de lo que hace e ingiere una droga o producto que se le ofrece siendo consciente de que puede llegar a producirse un acto sexual, no cabrá aplicar este tipo cualificado.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas que se hallaran privadas de sentido.

<sup>62</sup> Aunque sí se mencionaba expresamente en el anterior art. 181.2, para considerar abuso sexual (sobre mayores de 16 años) los actos sexuales ejecutados sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare. En cualquier caso, parece que el término “situación mental” es más amplio que el de “trastorno mental”.

<sup>63</sup> Así, por ejemplo, en relación al nuevo art. 178.2 afirma Esquinas Valverde que el término “situación mental” presenta una gran imprecisión y vaguedad, que no parece muy acorde con el principio de taxatividad y determinación de la ley penal (ESQUINAS VALVERDE, “El delito...”, 2022, pp. 215-216).

<sup>64</sup> Ciertamente, el anterior art. 181.2 consideraba abuso sexual (sobre víctima mayor de 16 años) los actos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Pero obviamente no es lo mismo anular la voluntad, que abusar de una víctima que (por la razón que sea) tiene anulada la voluntad.

<sup>65</sup> Como advierte Muñoz Conde en relación a esta circunstancia cuando se da entre adultos, pero con un razonamiento en parte extrapolable aquí, ciertamente los límites entre la anulación plena de la voluntad y un simple debilitamiento de la misma no son fáciles de trazar, por lo que habrá que tener en cuenta otros factores, como el tipo de producto que se ingiere, las relaciones previas entre los protagonistas del acto, la edad, etc. (MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 240).

Por lo demás, esta cualificación plantea posibles problemas de compatibilidad con la contenida en el art. 181.4.g), referida a la anulación de la voluntad de la víctima por el autor mediante el suministro de fármacos u otras sustancias, problemas de los que nos ocuparemos *infra*, al tratar las cualificaciones del art. 181.4.

*El marco penal aplicable. La atenuación facultativa de la pena.* En relación al marco penal de las cualificaciones incluidas en el nuevo art. 181.2, también en estos casos ha cambiado, a pesar de mantenerse nominalmente idéntico. En efecto, antes de la reforma de 2022 si el contacto sexual con el menor de 16 años se conseguía mediante violencia o intimidación la conducta pasaba de abuso a agresión sexual y se castigaba (también en los casos equiparados a ella) con la pena de prisión de 5 a 10 años. Tras la reforma, el uso de violencia o intimidación conduce del tipo básico al tipo cualificado de agresión sexual a menor de 16 del art. 181.2 y se castiga con prisión de 5 a 10 años. ¿Las mismas penas? Sí. Pero para un número mucho mayor de supuestos en la actualidad, en la medida en que este mismo marco penal se aplica también (y eso es nuevo) a otros casos, los demás que menciona el art. 178.2 (es decir, aquellos en que se abusa de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o que se ejecutan sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realizan cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad), que en la anterior regulación se habrían considerado abusos sexuales y no agresiones, y a los que habría correspondido antes una pena de prisión de 2 a 6 años (tipo básico) o como mucho, de 4 a 6 años (si era aplicable alguna de las cualificaciones del anterior art. 183.4, por ejemplo por existir prevalimiento).

Seguramente por ello, el párrafo segundo del art. 181.2 establece la posibilidad de una atenuación facultativa de la pena, previendo la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado “en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable”, excepto cuando medie violencia o intimidación, o se dé alguna de las cualificaciones del art. 181.4. La

técnica, cada vez más usada por nuestro legislador, de elevar las penas, pero dejando posibilidades de atenuación facultativa, me parece criticable.<sup>66</sup> Entre otras razones porque, más que ofrecer flexibilidad para adaptar la pena a la gravedad del hecho, creo que pretenden atemperar una pena que el legislador sabe que puede ser excesivamente grave en ciertos casos; y porque, tal y como está redactada en concreto en estos delitos, otorga al juez un marco penal demasiado amplio.<sup>67</sup> Con un ejemplo: un tocamiento en un pecho sobre la ropa a una joven de 15 años que está profundamente dormida (privada de sentido) puede ser castigado con una pena de prisión de 5 a 10 años (art. 181.2, primer párrafo) o de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día (pena inferior en grado, art. 181.2, párrafo segundo): un marco penal posible de entre 2 años y 6 meses, y 10 años de prisión.

En cualquier caso, no es muy elevado el número de supuestos en los que podría aplicarse esta atenuación en la medida en que solo cabe cuando concurre una de las modalidades descritas en el art. 178, pero a la vez no media violencia, ni intimidación, ni ninguna de las circunstancias del art. 181.4.

Por lo demás, llama la atención que la posibilidad de atenuar la pena atendiendo a las circunstancias del caso se prevea para los supuestos cualificados del art. 181.2, pero no para los del tipo básico del art. 181.1. En efecto, la pena para la agresión sexual tipo básico no podría rebajarse en base a esta atenuación facultativa en ningún caso, ni siquiera en los supuestos que antes no se consideraban abuso sexual (por ejemplo, instar a una menor a que se toque a sí misma un pecho con carácter sexual tendría que ser castigado como mínimo con la pena de 2 años de prisión, lo que parece a todas luces desproporcionado).

<sup>66</sup> Esta técnica de prever penas muy elevadas dejando luego posibilidades de atenuación facultativa es usada, por ejemplo, en violencia de género, doméstica o asistencial (véanse arts. 153.4, 171.6 o 172.2, párrafo cuarto), pero también en otros ámbitos (véanse arts. 242.4, 286 bis.3, 318 bis.6, 351, párrafo 1º, 368, párrafo 2º o 579 bis.4 CP).

<sup>67</sup> Critican también la vaguedad y amplitud de este tipo de atenuaciones facultativas en delitos sexuales, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 27; o AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, p. 67.

### 3.3.2. El tipo cualificado del art. 181.3 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.3 CP castiga con la pena de prisión de 6 a 12 años (en los casos del apartado 1) y con la pena de prisión de 10 a 15 años (en los casos del apartado 2) cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías.<sup>68</sup>

Lo primero que llama la atención es que no se use el término “violación”, que sí se utiliza en el art. 179 en relación a víctimas mayores de 16 años. La versión original del Código Penal de 1995 sustituyó el término “violación” por el de “agresión sexual”,<sup>69</sup> supresión que no fue bien acogida por el público en general, que (guiado por algunos medios de comunicación) identificó erróneamente la supresión del término con el hecho de que las conductas antes calificadas como violación se habían despenalizado, lo que condujo, para evitar confusión, a la reintroducción del término “violación” en la reforma de 1999.<sup>70</sup> El problema no acabó ahí. Como decía Lamarca ya en 1996, “... seguramente nunca existió una perfecta correspondencia entre el significado vulgar de violación y su definición jurídica”.<sup>71</sup> Y tras el caso “La Manada” también se puso de manifiesto que el hecho de que el término violación no se usara en el caso de abuso sexual sobre mayor de 16 años con penetración, daba lugar a malentendidos. En relación a adultos este problema ha desaparecido al eliminarse la distinción abuso/agresión: ahora cualquier atentado contra la libertad sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos se denomina violación. Sin embargo, la misma conducta, incluso

conseguida con violencia o intimidación, no se denomina así cuando la víctima es menor de 16 años, lo que resulta difícil de explicar a la opinión pública, con la carga valorativa que conlleva este término.<sup>72</sup>

En cuanto a la definición, en sí, de la cualificación que ahora recoge el art. 181.3 CP, tiene una redacción casi idéntica a la contenida en el anterior art. 183.3<sup>73</sup> y plantea por tanto los mismos problemas interpretativos que existían ya antes.<sup>74</sup> Sin embargo, hay que recordar que actualmente esta cualificación es además aplicable a conductas que antes de la reforma no se consideraban ni abuso ni agresión sexual, como por ejemplo instar al menor a que se introduzca a sí mismo un objeto vía anal o vaginal (sin violencia ni intimidación).<sup>75</sup> El ámbito del supuesto de hecho, por tanto, se ha ampliado.

<sup>68</sup> Críticamente también, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 137.

<sup>69</sup> (Erratas aparte). Eso sí, se sustituye el término “ataque” por el de “acto sexual”, lo que me parece criticable pues el primero visualiza mejor la necesidad de que la conducta afecte al (ahora) bien jurídico libertad sexual.

<sup>70</sup> Me refiero a los problemas interpretativos relacionados por ejemplo con el concepto de acceso carnal y con la determinación del momento consumativo. Sobre lo primero, parece claro ya que el acceso carnal no solamente incluye la introducción del pene vía vaginal, anal o bucal por parte de un sujeto activo hombre a una víctima hombre o mujer, sino también la conducta de hacerse penetrar un hombre o una mujer por un hombre por alguna de las citadas vías (véanse el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 y la STS 476/2006, de 2 de mayo). Más problema plantea la cuestión de si el acceso carnal también incluye las prácticas fricativas, esto es, la relación sexual mujer-mujer en la que intervienen los órganos genitales sin necesidad de penetración. Consideran por ejemplo que esta conducta, aunque encaje literalmente en el tipo, no debería entenderse incluida en él por no presentar la misma gravedad que los demás supuestos, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 243; o MONGE FERNÁNDEZ, “De las agresiones...”, 2022, p. 294. Sobre la segunda cuestión, de cuándo se produce la consumación, es interesante la STS 454/2021, de 27 de mayo (referida a la violación de mayores de 16 años, pero con una interpretación extrapolable), según la cual, para que haya introducción de miembro corporal u objeto vía vaginal basta el contacto de acceso a la zona interna vaginal, de modo que, todo lo que sea un exceso, por leve o breve que sea, “de superación de la horizontalidad” en la zona sexual femenina, permitiría ya aplicar el tipo cualificado, entendiéndose por “horizontalidad” la zona superficial referida al mero tocamiento externo.

<sup>71</sup> Los casos en que con violencia o intimidación se obliga al menor a que acceda carnalmente o sea accedido por un tercero, o se introduzca él mismo los objetos o miembros corporales, ya eran considerados antes de la reforma de 2022 agresión sexual del anterior art. 183.2 y por tanto entraban dentro del ámbito de aplicación de la cualificación por acceso carnal o introducción de objetos del anterior art. 183.3. No hay novedad, por consiguiente, en este aspecto. Sí la hay, en cambio, en relación a estas mismas conductas cuando se consiguen sin violencia o intimidación, casos que como

<sup>68</sup> En realidad, con una redacción desastrosa, lo que dice literalmente ahora el art. 181.3 CP es lo siguiente: “Cuanto (sic) el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión (sic) en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2”.

<sup>69</sup> Versión original del art. 179: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años”.

<sup>70</sup> Art. 179, tras la reforma de 1999: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años” (la cursiva es mía).

<sup>71</sup> LAMARCA PÉREZ, en *Jueces para la Democracia*, 1996, p. 51.

Por otro lado, resulta curioso que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 179 en relación a víctimas mayores de 16 años, aquí se sigue estableciendo un marco penal diferente para los casos del apartado 1 y para los casos del apartado 2 del art. 181 CP. Me refiero a que aquí la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual parece meramente nominal, en la medida en que un acceso carnal obtenido con violencia o intimidación sigue siendo más castigado que aquel en que no se ha usado violencia o intimidación (aunque ya no se llame abuso sexual). La única diferencia es que ahora en el marco penal doblemente agravado (por los arts. 181.2 y 181.3) no solamente entran los accesos carnales o introducciones de objetos o miembros corporales conseguidos con menores de 16 años con esos medios coercitivos, sino también los demás que se incluyen en el art. 181.2 por remisión al art. 178, es decir, los logrados con abuso de superioridad o vulnerabilidad, los ejecutados sobre personas privadas de sentido o con la voluntad anulada y los conseguidos abusando de la situación mental de la víctima. El supuesto de hecho, pues, se amplía en gran medida.

En cuanto a los marcos penales, se mantienen (aparentemente) idénticos en su máximo, aunque rebajan sus mínimos. En concreto, para los casos del apartado 1 (agresión sexual sin uso de ninguno de los medios comisivos del art. 178) la pena prevista ahora es la de prisión de 6 a 12 años, mientras que el anterior art. 183.3 castigaba el abuso sexual con acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos con la pena de prisión de 8 a 12 años. El mínimo descendiendo por tanto de 8 a 6 años, pero ello se corresponde con un cambio en su ámbito de aplicación. Primero, porque, como hemos visto, ahora el supuesto de hecho abarca casos (como el citado supuesto de instar al menor a que se introduzca un objeto) que antes se incluían en el art. 183 bis (que tenía pena de prisión de 6 meses a 2 años). Y segundo porque todos los supuestos de acceso carnal o introducción de objetos o miembros corporales conseguidos abusando de superioridad, vulnerabilidad o situación mental, o realizados con víctima privada de sentido o voluntad anulada, que antes de la reforma se castigaban como abuso sexual cualificado con ese marco penal de prisión de 8 a 12 años, ahora no se incluyen en este su-

puesto, sino que sufren una doble cualificación (art. 181.2 y 181.3) y pasan al marco penal de prisión de 10 a 15 años.

En efecto, si bien la agresión sexual de menores cualificada por acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos se castigaba antes de la reforma de 2022 con prisión de 12 a 15 años y ahora el art. 181.3 prevé una pena de prisión de 10 a 15 años (aparentemente más benigna) en los supuestos del actual art. 181.2, la rebaja del marco penal responde a que ahora se incluyen muchos más supuestos (todos los casos en que concurre abuso de superioridad, de vulnerabilidad o de situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada).

En general, por tanto, lo que es criticable aquí es la amplitud del supuesto de hecho, no la consecuente rebaja del mínimo del marco penal aplicable. La polémica surgida en esta materia respecto de que esta rebaja de los mínimos pueda dar lugar en algún caso a una aplicación retroactiva de la LO 10/2022 por resultar más beneficiosa, me parece desmesurada. En primer lugar, porque, en sí, modificar un marco penal no es ni correcto ni incorrecto, sino que ha de analizarse la proporcionalidad de la nueva respuesta penal en relación a los supuestos contenidos en la norma. En segundo lugar, porque lo que refleja en general la reforma no es precisamente una respuesta penal más leve, sino más bien, como estamos viendo artículo a artículo, un endurecimiento de las penas derivado no de una subida directa de las penas, sino de una considerable ampliación de los supuestos de hecho. Y finalmente porque, si en algún supuesto (excepcional) la LO 10/2022 resulta más beneficiosa, no debe haber escándalo alguno en aplicarla retroactivamente cumpliendo el art. 9.3 de la Constitución y el art. 2.2 CP.<sup>76</sup>

### 3.3.3. Los tipos cualificados del art. 181.4 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.4 prevé una cualificación, aplicable a todos los casos anteriores y castigada con la correspondiente pena de prisión en su mitad superior, cuando se dé alguna de las circunstancias previstas en él. Entre dichas circunstancias se encuentran algunas que ya estaban presentes con

hemos visto antes de la reforma de 2022 se incluían en el anterior 183 bis y por tanto quedaban fuera de esta cualificación.

<sup>76</sup> Lo cual, por cierto, seguiría siendo así, aunque mañana se volvieran a modificar al alza los marcos penales del art. 181.3, pues la LO 10/2022 seguiría siendo ley posterior más beneficiosa respecto de los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, cosa que parece olvidarse en el debate público de estos días.

parecida o idéntica redacción en el anterior art. 183.4 (que era aplicable en principio tanto al anterior delito de abuso, como al anterior delito de agresión sexual sobre menor de 16 años),<sup>77</sup> pero también se han modificado de forma esencial otras dos de las ya existentes y se han incorporado dos más de nuevo cuño.

Lo que más llama la atención en este tema es, sin embargo, que los tipos cualificados del art. 181.4 se solapan ahora en gran medida con los del art. 181.2. En efecto, el actual art. 181.2 engloba ahora tanto lo que antes de la reforma era agresión sexual de menores de 16 años (actos de carácter sexual con menor de 16 cometidos empleando violencia o intimidación), como otros supuestos que se consideraban hasta ahora como abusos sexuales, aunque muchos de ellos (si no todos), cualificados por el anterior art. 183.4 (especial vulnerabilidad, prevalimiento). Pero a la vez, se mantienen y amplían estas cualificaciones. En consecuencia, habrá que analizar con cuidado las cualificaciones previstas en el art. 181.4 para evitar aplicarlas cuando se refieran a hechos ya tenidos en cuenta.<sup>78</sup>

Veamos con más detenimiento todas estas cuestiones.

1. *Actuación conjunta.* El actual art. 181.4.a) cualifica la agresión sexual a menores “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”, redacción que reproduce literalmente la contenida en el anterior art. 183.4.b), no existiendo en consecuencia novedades en su descripción.<sup>79</sup> Sin embargo, ahora se plantea un problema nuevo: el de su posible compatibilidad con la cualificación contenida en el art. 181.2, por remisión al art. 178, de realizar el acto sexual empleando intimidación o abusando de una situación de superioridad. En este sentido, creo que si la

actuación conjunta es precisamente lo que genera la intimidación ambiental o la relación de superioridad de la que se abusa para llevar a cabo el hecho, se aplicará el marco penal del art. 181.2, sin que sea posible entonces aplicar además la cualificación de actuación conjunta del nuevo art. 181.4.a). Sí cabrá, por el contrario, acumular ambas cualificaciones por no haber *bis in idem* cuando la relación de superioridad se base en otra causa (por ejemplo, dos profesores del menor abusan de su posición como tales para llevar a cabo conjuntamente el acto sexual).

2. *Violencia de extrema gravedad o carácter degradante o vejatorio.* Aunque esta circunstancia ya se mencionaba también en el anterior art. 183.4.c), ha sufrido en la reforma de 2022 una modificación sustancial. En efecto, el nuevo art. 181.4.b) cualifica ahora la agresión sexual contra menores que vaya “precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”, mientras que la anterior letra c) del art. 183.4 se refería a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revestían un carácter particularmente degradante o vejatorio. Por tanto, la redacción actual es más amplia, de una parte, porque es nueva la referencia a los casos de “violencia de extrema gravedad” y, de otra, porque el carácter particularmente degradante o vejatorio lo refiere ahora el art. 181.4 b) en general a los actos que preceden o acompañan a la agresión sexual, y no solamente, como se decía antes, a la violencia o intimidación ejercidas.

En cuanto a lo primero, no queda claro qué ha de entenderse por violencia de extrema gravedad. En cualquier caso, teniendo en cuenta que otra de las cualificaciones del art. 181.4 (la contenida en la letra f) se aplica cuando se hace uso de armas u otros medios peligrosos, parece que esta cualificación se estaría refiriendo a los casos en que se ejerce violencia sin usar dichos medios, esto es, a los casos en que el uso de puñetazos, patadas, etc., da lugar a supuestos de especial brutalidad. Por lo demás, si la violencia ejercida da lugar a lesiones o muerte de la víctima, cabrá el correspondiente concurso de delitos (y así sería igualmente, aunque no lo dijera el art. 194 bis), que podrá ser también con homicidio o asesinato cualificados por

<sup>77</sup> Digo “en principio” porque, obviamente, la anterior cualificación del art. 183.4.c), referida a los casos en que la violencia o intimidación ejercidas revistieran un carácter particularmente degradante o vejatorio, solo era aplicable a la agresión sexual.

<sup>78</sup> Y ello a pesar de que aquí no se diga expresamente, a diferencia de lo que sí ocurre en relación al delito de agresión sexual sobre mayor de 16 años (véase art. 180.1 Cp).

<sup>79</sup> Por lo que cabe mantener la misma crítica ya existente anteriormente, referida a su carácter indiscriminado (así DÍEZ RIPO-LLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 27), dado que se trata de una cualificación que podría estar justificada en ciertos casos (por ejemplo, cuando se usa violencia o intimidación), pero no en otros (¿realmente es más grave la conducta si dos personas realizan un tocamiento a una víctima en coma que si lo hace una?).

ser la víctima menor de 16 años (arts. 138.2.a y 140.1.1ª).

En cuanto a lo segundo, en efecto la redacción anterior, al exigir que el carácter “particularmente degradante o vejatorio” lo revistiera la violencia o intimidación ejercidas, no permitía subsumir en esta cualificación los casos en que la especial degradación o vejación no provenía de los medios usados, sino de la conducta sexual realizada, lo que había sido criticado por la doctrina.<sup>80</sup> Por el contrario, con la redacción actual, que refiere el carácter particularmente degradante o vejatorio a los “actos” que preceden o acompañan la agresión sexual, sí sería posible aplicar esta cualificación en esos supuestos.<sup>81</sup> En cualquier caso, ahora como antes, para aplicar esta cualificación será necesario que la vejación o humillación a la víctima supere la que supone ya, de por sí, un acto sexual no consentido válidamente.

Por lo demás, para evitar el *bis in idem* no cabe concurso de delitos entre la agresión sexual a menor cualificada por esta circunstancia y el delito contra la integridad moral del art. 173.1, salvo que, además de actos especialmente degradantes o vejatorios, haya violencia de extrema gravedad.

3. *Especial vulnerabilidad.* La cualificación del actual art. 181.4.c) se aplica cuando los hechos se cometan “contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”. En este supuesto, salvo el hecho de que se cambia el término “víctima” por el de “persona”, prácticamente no cambia la redacción de esta cualificación respecto de la contenida hasta la reforma en el anterior art. 183.4.a), precepto que, por lo demás, acababa de ser modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio.<sup>82</sup>

En cualquier caso, si se aprecia la cualificación del art. 181.2 por existir abuso de vulnerabilidad, no podrá aplicarse además esta cualificación, pues habría *bis in idem*. Del mismo modo, en los casos

en que se aplique la cualificación del art. 181.2 por realizarse el acto sexual sobre un menor de 16 años privado de sentido, con una situación mental de la que se abusa o con la voluntad anulada, difícilmente no se tratará además de una víctima especialmente vulnerable, por lo que, en estos supuestos, creo que solo será posible cualificar dos veces sin provocar *bis in idem* cuando la víctima sea menor de 4 años.

4. *Violencia de género.* Según el nuevo art. 181.4.d), se cualifica el delito “cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia”. Se trata de una de las dos cualificaciones del art. 181.4 que no tienen precedente en el anterior art. 183.4, introducción paralela a la realizada, para víctimas mayores de 16 años, en el art. 180.1.4ª. Existen, sin embargo, dos diferencias entre estas cualificaciones: en primer lugar, respecto de víctimas mayores de 16 años se menciona a la víctima “esposa”, mientras que respecto de víctimas menores de 16 se habla de “pareja”, lo cual se explica porque los menores de 16 años no pueden ya contraer matrimonio.<sup>83</sup> Más relevante es la segunda diferencia, en la medida en que respecto de víctimas mayores de 16 años es claramente una cualificación referente a la violencia de género (el art. 180.1.4ª se refiere a una víctima “esposa o mujer que esté o haya estado ligada [al responsable] por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”), mientras que el art. 181.4.d) no es tan concluyente, pues se refiere a que la víctima sea o haya sido “pareja” del autor (“sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia”). La referencia a “pareja” podría, en efecto, entenderse aplicable a todas las combinaciones posibles (mujer-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre y hombre-mujer), por lo que vincularla a la violencia de género, como está haciendo la doctrina, solo puede hacerse interpretativamente, por su introducción paralela a la cualificación del art. 180.1.4ª y por mencionar el Preámbulo de la LO 10/2022 que la reforma introduce en los delitos

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, pp. 98-99, en relación a la cualificación del anterior art. 180.1.1ª, referido a víctimas mayores de 16 años, pero que presentaba una redacción idéntica al anterior art. 183.4.c), aplicable cuando la víctima era menor de 16 años.

<sup>81</sup> Así MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, pp. 93-94.

<sup>82</sup> Véase *supra*, nota 59.

<sup>83</sup> En efecto, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria eliminó del art. 48 del Código civil la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia dispensara, “con justa causa y a instancia de parte”, el impedimento de edad a partir de los 14 años: actualmente solo pueden contraer matrimonio los mayores de 18 años o los menores emancipados (art. 46 Cc) y la emancipación solo es posible a partir de los 16 años (arts. 314 y ss. Cc)

sexuales, sin distinción, “la circunstancia cualificatoria agravante específica de género”.

Por otro lado, el Preámbulo de la LO 10/2022 justifica esta novedad afirmando que se introduce “en línea con las previsiones del Convenio de Estambul”. En realidad, lo único que exige este convenio en su art. 36.3 es que no queden impunes los delitos sexuales cometidos por las parejas actuales o anteriores de las víctimas<sup>84</sup> y que (art. 46.a del Convenio) se reconozca como agravante “el que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo” o por “una persona que conviva con la víctima”.<sup>85</sup> En otras palabras, no se requiere la previsión de una cualificación específica, bastando una agravante genérica, ni que la agravación se refiera específicamente a los casos de violencia de género (puesto que el convenio se refiere en general a cónyuges o parejas), por lo que en gran medida bastaba para cumplir el Convenio de Estambul las ya existentes agravantes de parentesco (art. 23 CP) y/o de discriminación por razones de género (art. 22.4<sup>a</sup> CP), teniendo en cuenta, además, que una agravante conduce a la mitad superior de la pena, igual que las cualificaciones del art. 181.4 (aunque es verdad que la agravante se puede compensar con una atenuante). Sin embargo, aunque no fuera obligatoria, no creo que haya nada que objetar a la inclusión de una cualificación específica en delitos sexuales referida a la violencia de género siempre que (aquí o en cualquier delito que la prevea) no se aplique de forma automática al sujeto activo hombre cuando la víctima sea una mujer, sino solo cuando pueda afirmarse (o al menos, no descartarse) una motivación machista<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Art. 36.3 del Convenio de Estambul: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 [referidas a la necesidad de sancionar la penetración vaginal, anal u oral, o cualquier otro acto de carácter sexual no consentido, o el obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero] se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

<sup>85</sup> O por un miembro de la familia o una persona que haya abusado de su autoridad.

<sup>86</sup> Interpretación restrictiva del concepto de violencia de género que estaría en la línea de la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, en relación al art. 153. Considera también que una interpretación restrictiva de la cualificación de violencia de género sería compatible con el Convenio de Estambul, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 21.

5. *Prevalimiento de situación de convivencia, superioridad o parentesco*. El nuevo art. 181.4.e) es aplicable “cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”, redacción que es idéntica a la que introdujo la LO 8/2021, de 4 de junio, en el anterior art. 183.4.d). Por tanto, en relación a los ascendientes o hermanos, lo importante sigue siendo el prevalimiento de la superioridad que se deriva de la relación parental, no tanto el parentesco mismo, por lo que no se trata de desvalorar especialmente las relaciones incestuosas, sino las logradas abusando de una relación de superioridad; y lo mismo cabe decir de la referencia a la convivencia, de modo que no deberá aplicarse automáticamente esta cualificación por el mero hecho de que autor y víctima convivan, sino que será necesario, como el propio precepto establece, que haya habido prevalimiento de esa situación de convivencia.<sup>87</sup> En cualquier caso, si se aplica esta cualificación a una agresión sexual cometida por un ascendiente, para evitar el *bis in idem* no será aplicable además la cualificación del art. 192.2 CP.

En cuanto al prevalimiento de una relación de superioridad, hay que tener en cuenta que el abuso de superioridad ya está previsto como tipo cualificado en el art. 181.2 (por remisión al art. 178), por lo que aplicar además en este caso la cualificación del art. 181.4.e), que tiene exactamente el mismo fundamento, infringiría el principio de *ne bis in idem*, salvo que se diera además otra de las circunstancias del art. 181.2 (por ej., violencia).

6. *Uso de armas o medios peligrosos*. Según el actual art. 181.4.f), la agresión sexual a menores se cualifica “cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis”. La actual redacción aproxima esta cualificación a la prevista en idénticos términos para casos de víctimas mayores de 16 años

<sup>87</sup> Así también expresamente, aunque en relación al nuevo art. 180.1.5<sup>o</sup>, paralelo a este precepto, pero aplicable a agresiones sexuales sobre mayores de 16 años, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24<sup>a</sup> ed., 2022, p. 245.

en el vigente art. 180.1.6ª CP (y en el anterior art. 180.1.5ª). Por el contrario, antes de la reforma de 2022 el antecedente directo de esta cualificación en el ámbito de víctimas menores, contenido en el art. 183.4.e), se aplicaba cuando el culpable “hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”. En este caso, por tanto, la nueva redacción parece reducir el número de casos a los que puede aplicarse la cualificación, en la medida en que es mucho más amplio el número de supuestos en que hay peligro para la salud, incluso causado por imprudencia, que el de aquellos en que se usan armas o instrumentos peligrosos específicamente capaces de causar la muerte o lesiones graves o muy graves. Así, por ejemplo, el acceso carnal a un menor de muy corta edad que pone en grave peligro su integridad física, que antes podía cualificarse por esta vía, ya no entra en el ámbito de aplicación de la letra f) del art. 181.4 (aunque sí en el de la letra c, si la víctima es especialmente vulnerable), ni tampoco los casos de especial brutalidad física (aunque esos supuestos ahora entrarían en la letra b).

El concepto de armas o instrumentos peligrosos puede interpretarse en el mismo sentido que en el art. 148.1º.

En cualquier caso, esta cualificación es aplicable sin perjuicio de que pueda castigarse al sujeto, en concurso de delitos, por las lesiones o la muerte causada (como se deduce de la remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 194 bis, aunque se llegaría a la misma conclusión interpretativamente sin este precepto). Por lo demás, teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia ha aceptado ya específicamente la posibilidad de utilizar el uso de armas para agravar dos delitos diferentes perpetrados de forma unitaria,<sup>88</sup> temo que tampoco vea *bis in idem* ninguno en la posibilidad de aplicar, caso de producirse con armas lesiones que requieran tratamiento médico, este tipo cualificado de agresión sexual a menores y además el tipo cualificado del art. 148.1º CP.

7. *Sumisión química*. Según el nuevo art. 181.4.g), la agresión sexual a menor de 16 años se cuali-

fica “cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. Esta cualificación, como la de la letra d), es una absoluta novedad en esta materia, sin precedente en el anterior art. 183.4 CP antes de la reforma de 2022, aunque sí lo tenía en delitos con víctimas adultas,<sup>89</sup> ámbito en el que esta circunstancia también se recoge ahora como cualificación en el art. 180.1.7ª en caso de víctima mayor de 16 años. Es la llamada “sumisión química”.<sup>90</sup>

Algún autor ha sostenido, al respecto, que se trata de una cualificación innecesaria, en la medida en que cabe aplicar en estos casos la cualificación de especial vulnerabilidad prevista en la letra c).<sup>91</sup> En mi opinión, sin embargo, los mayores problemas que plantea esta cualificación están relacionados con el tipo cualificado del art. 181.2 que, recordemos, agrava la pena (previendo prisión de 5 a 10 años) cuando hay violencia, intimidación, abuso de superioridad, de vulnerabilidad o de situación mental, o víctima privada de sentido o con la voluntad anulada. En efecto, dos escenarios son imaginables: de un lado, si la sustancia se ha usado para dejar a la víctima inconsciente, entonces puede entenderse que ha habido violencia o víctima privada de sentido; de otro, si la sustancia se ha usado, no para dejar a la víctima inconsciente, sino para desatar su libido y conseguir así que tolere lo que no consentiría en situación normal, entonces estaríamos en el supuesto de víctima con la voluntad anulada. En ambos casos, por tanto, el hecho encajaría tanto en la cualificación de sumisión química (art. 181.4.g), como en la del art. 181.2. ¿Son acumulables ambas cualificaciones?

<sup>89</sup> En efecto, el precedente más inmediato lo encontramos, antes de la reforma de 2022, en el ámbito del delito de abuso sexual a mayores de 16 años, en la medida en que, tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el anterior art. 181.2 consideraba abuso sexual no consentido, entre otros, el cometido (sobre víctima mayor de 16 años) “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

<sup>90</sup> Así la denomina incluso el Preámbulo de la LO 10/2022: “También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada ‘sumisión química’ o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima”.

<sup>91</sup> Así por ejemplo MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis...”, 2022, p. 136, en relación a la cualificación de similar redacción que se preveía ya en el Anteproyecto de 2020 respecto de víctimas adultas y que tras la reforma se contiene en el art. 180.1.7ª.

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, consideraba compatibles la cualificación de uso de armas del art. 148 y la de uso de armas del anterior art. 180.1.5ª, la sentencia del Tribunal Supremo 968/2012, de 30 de noviembre.

Yo creo que en el primer caso (víctima inconsciente) no es posible, pues habría *bis in idem* en la medida en que se basan en la misma circunstancia. Pero la cuestión puede ser más problemática en el segundo supuesto, pues quizá cabría entender que, si no se deja a la víctima inconsciente, sino que se desata su libido, se trataría de ámbitos de aplicación diferentes en la medida en que el art. 181.2 se refiere a un sujeto que *se aprovecha* de una víctima que tiene la voluntad anulada, por la razón que sea, mientras que el art. 181.4.g) se referiría a un autor que suministra *él mismo* la sustancia para anular la voluntad. Pero entonces se llegaría al absurdo de castigar menos gravemente el supuesto en que el autor anula él mismo la voluntad poniendo el fármaco (art. 181.4.g, mitad superior de la pena del tipo básico: prisión de 4 a 6 años), que aquel en que el sujeto se aprovecha de que la víctima tiene ya la voluntad anulada (art. 181.2: prisión de 5 a 10 años). Para evitar esta consecuencia incoherente habría que entender entonces que no hay *bis in idem* al aplicar cumulativamente ambas cualificaciones, basándonos en la idea de que la cualificación del art. 181.2 es más amplia, pues no siempre que el sujeto abusa de la anulación de la voluntad de la víctima ello se va a deber a que haya sido él mismo quien haya provocado la situación. Desde esta interpretación, la pena a aplicar sería (si no hay acceso carnal ni introducción de objetos), si suministra él la sustancia, la del art. 181.2 en su mitad superior, o sea, de 7 años y seis meses a 10 años de prisión. Pero entonces lo que no se entendería es por qué este caso debería castigarse más que por ejemplo el supuesto de contacto sexual conseguido con violencia, que (salvo que fuera de extrema gravedad) se castigaría con un marco penal con un mínimo inferior (el del art. 181.2, sin doble cualificación: prisión de 5 a 10 años). Ninguna interpretación está por tanto exenta de problemas.

8. *Criminalidad organizada*. Tras la reforma de 2022, la agresión sexual a menor de 16 años se cualifica en el art. 183.4.h), por último, “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”, incluyendo ahora en esta letra h) exactamente el mismo contenido del anterior art. 183.4.f). Ninguna novedad hay, por tanto, en esta materia.

Por lo demás, si concurren dos o más de las cualificaciones previstas en el art. 181.4, al no preverse una regla similar a la recogida en el art. 180.2, habrá que aplicar las reglas generales de determinación de la pena dentro del marco penal fijado en el art. 181.4.

En resumen, además de provocar graves problemas de *bis in idem*, en general el nuevo art. 181.4 contiene un mayor número de cualificaciones, más amplias y que se aplican a un mayor número de casos, por lo que implica también un incremento de las penas, aunque nominalmente se mantengan idénticas (las aplicables, en su mitad superior).

#### 3.3.4. El tipo cualificado del art. 181.5 CP

Tras la reforma de 2022, el art. 181.5 prevé para todos los casos de agresión sexual a menores del art. 181 la imposición, además de la pena prevista para cada caso, de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. La definición de esta cualificación coincide totalmente con la que se recogía en el anterior art. 183.5. Sin embargo, como venimos repitiendo, en realidad el ámbito de supuestos abarcados ahora por la cualificación, como ocurre también con los previstos en el apartado 4, es mayor.

#### 3.4. Tipo subjetivo

Los delitos de agresiones sexuales contra menores de 16 años tienen prevista solamente la forma dolosa. En el tipo básico, ello implica conocimiento, aunque sea aproximado, de la edad del menor. El error sobre este extremo, tanto vencible como invencible, es error de tipo y por tanto da lugar a la atipicidad de la conducta. Distinta es la situación si el autor conoce la edad de la víctima, pero ignora la antijuricidad de su hecho pensando erróneamente que si el menor acepta la relación la conducta sexual es conforme a Derecho, en cuyo caso podría apreciarse error de prohibición directo invencible o vencible, según las circunstancias del caso, y por tanto respectivamente excluirse o atenuarse la culpabilidad y la pena.

En cuanto a los tipos cualificados, requerirán que el dolo abarque la respectiva circunstancia cualificante, por ejemplo, que la víctima se encuentra en una

situación de vulnerabilidad o que tiene anulada su voluntad, excluyéndose, si hay error, la aplicación de la respectiva cualificación (art. 14.3).

#### 4. El delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182 CP)

Tras la reforma de 2022, el tipo básico de este delito se prevé en el art. 182.1, que castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a quien, “con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”.

El antecedente inmediato de este delito lo encontramos en el anterior art. 183 bis, que fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con dos conductas típicas: a) determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual; y b) hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual.

La primera de estas conductas era directa heredera del antiguo delito de corrupción de menores<sup>92</sup> y fue muy criticada por su vaguedad e imprecisión.<sup>93</sup> Antes de la reforma se incluían en esta modalidad los casos en que el menor realizaba actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero a instancias del autor, por lo que, teniendo en cuenta que la reforma de 2022 ha incluido estos supuestos en el tipo básico del delito de agresión sexual, ya no tenía sentido mantenerla y ahora desaparece del nuevo art. 182.1. El problema es que, de este modo, la pena ha pasado de ser la de prisión de 6 meses a 2 años, a la de prisión de 2 a 6 años, o mayor si resulta aplicable alguna cualificación

del art. 181 (por ej., la de introducción de objeto, si se insta al menor a que se lo introduzca).

En cuanto a la segunda modalidad del anterior art. 183 bis, referida a “hacer presenciar” al menor actos sexuales, supuestamente se incluyó en el anterior art. 183 bis para trasponer la Directiva 2011/93/UE y el Convenio de Lanzarote, aunque lo cierto es que ello no era necesario en la medida en que esas conductas ya podían ser castigadas en España por el delito de exhibicionismo (art. 185).<sup>94</sup> Y ciertamente el mantenimiento de ambos delitos producía problemas de solapamiento, por lo que un sector doctrinal era partidario de derogar el art. 185, al menos en relación al sujeto pasivo menor de edad.<sup>95</sup> Sin embargo, la reforma de 2022 no ha modificado nada en este aspecto, manteniéndose actualmente tanto el art. 185, como el delito de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual (art. 182.1). Obviamente, mientras ambos preceptos se mantengan habrá que entender que hay entre ellos *bis in idem*, por lo que, si resultan aplicables ambos delitos a la misma conducta, en mi opinión habrá que aplicar el nuevo art. 182.1 por especialidad en base a la diferente edad del sujeto pasivo (menores de 18 años en general en el art. 185 CP, menores de 16 años en el art. 182 CP), solución que además es coherente con la mayor gravedad de la pena prevista en el art. 182.1.<sup>96</sup>

Tanto antes como después de la reforma, habrá que entender que, en la conducta típica de hacer presenciar al menor de 16 años actos de carácter sexual, la contemplación ha de ser necesariamente directa, porque si lo que se hace ver al menor son imágenes (fotos, videos, etc.), el delito aplicable será el de difusión de material pornográfico del art. 186.<sup>97</sup> En cambio, dicha contemplación no tiene por qué ser presencial, incluyéndose también en el art. 182.1 los casos en que la conducta se realiza *on line* (un adulto, por ejemplo,

<sup>92</sup> El delito de corrupción de menores desapareció en el Código Penal de 1995 y luego fue reintroducido en 1999 en el art. 189.4 del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal, que castigaba con prisión de 6 meses a 1 año a quien hiciera “participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”. La LO 1/2015 recondujo este delito al art. 183 bis, modificando así no solo su ámbito de aplicación, sino también el sujeto pasivo (de menor de 18 años a menor de 16 años), siendo, por tanto, el único caso en que la reforma de 2015 rebajó la edad penal de 18 a 16 años, sin ninguna explicación por cierto (DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 13-14).

<sup>93</sup> Véanse, por ejemplo, GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 274-276; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 149; o URRUTIA LIBARONA/MURUA ASTORQUIZA, “La tutela penal...”, 2020, pp. 134-135.

<sup>94</sup> Así, por ejemplo, CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 197.

<sup>95</sup> Entre otros, GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma...”, 2015, p. 159; RAMOS TAPIA, “La tipificación...”, 2015, p. 131; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, p. 153, n. 548; CABRERA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 198; o MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 23ª ed., 2021, pp. 241-242.

<sup>96</sup> Así también, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256. En contra, para Cugat Mauri la edad no es el único fundamento de la mayor pena de esta modalidad, sino también el componente coercitivo (“hacer presenciar”), que no es requisito en el art. 185 (CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 349).

<sup>97</sup> Así también CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 348; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256.

que contacta con un menor telemáticamente y se masturba en directo ante la cámara del ordenador).<sup>98</sup>

En cualquier caso, si lo que se hace presenciar al menor de 16 años son actos que constituyen “un delito contra la libertad sexual”, se aplicará el tipo cualificado del apartado 2 del art. 182, castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años. En este ámbito, la reforma de 2022 no modifica el marco penal, pero redacta de forma más correcta el supuesto de hecho al referirse en general a los delitos contra la libertad sexual.<sup>99</sup>

Por lo demás, en este delito resulta aplicable la causa de exclusión de la responsabilidad penal, si se dan sus requisitos, del nuevo art. 183 bis (véase *infra*, apartado 6).

## 5. Los delitos de contacto telemático con menor de 16 años (art. 183 CP)

Tras la reforma de 2022, el art. 183.1 reproduce de forma prácticamente literal el delito antes contenido en el art. 183 ter.1 (conocido como delito de *grooming*), cambiando solamente la anterior referencia al art. 183, que ahora es, lógicamente, al art. 181 CP. Sin embargo, a pesar de que la redacción no cambia, al haberse ampliado el contenido del art. 181 en comparación al anterior art. 183, en realidad se amplía el supuesto de hecho del delito de *grooming*. Así, por ejemplo, antes de la reforma contactar con un menor de 16 años a través de internet con la finalidad de que este se masturbara en su presencia<sup>100</sup> no se podía incluir en el delito de *grooming*, pues esa conducta (determinar al menor a realizar un comportamiento sexual) se incardinaba en el delito del anterior art. 183 bis, mientras que el delito de *grooming* exigía contactar con el menor a través de las TIC y proponerle un encuentro con el fin de cometer un delito *de los entonces arts. 183 o 189*. Tras la reforma, sin embargo, el delito fin del *grooming* puede ser el de agresión sexual del actual art. 181, que como hemos visto no

exige ya contacto corporal, por lo que esa misma conducta ahora sí sería típica de este delito.<sup>101</sup>

Por lo que respecta al actual art. 183.2, recoge literalmente el delito antes contenido en el art. 183 ter.2 (conocido como delito de *sexting*): aquí no se ha producido ninguna modificación.

En conclusión, y aunque en el Anteproyecto de 2020 se preveían más cambios en esta materia,<sup>102</sup> finalmente no ha habido tantas novedades, manteniéndose, por tanto, los problemas interpretativos ya existentes.<sup>103</sup> Problemas derivados, principalmente, de constituir ambos delitos un adelantamiento de la barrera de protección penal basado, además, en el erróneo presupuesto de que el principal peligro para el menor proviene de extraños que contactan con él a través de las TIC y no, como parecen demostrar los estudios empíricos, más bien de adultos del entorno familiar o cercano del menor.<sup>104</sup>

## VI. La cláusula del art. 183 bis CP

El nuevo art. 183 bis sustituye al anterior art. 183 quater, precepto introducido en 2015 y modificado en 2021.<sup>105</sup> Tras la reforma, dice así el art. 183 bis: “Sal-

<sup>101</sup> Siempre que, además, la propuesta sea acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

<sup>102</sup> Sobre los cambios que se preveían en estos delitos en el Anteproyecto de 2020, véase AGUADO LÓPEZ, “Las reformas...”, 2020, pp. 70-80. Una de esas modificaciones era la supresión de la cláusula concursal del delito de *child grooming*, dejando la solución de los problemas concursales que pudieran surgir a la aplicación de las reglas generales en esta materia, lo que, teniendo en cuenta los enormes problemas interpretativos (y de *bis in idem*) a que está dando lugar la expresa cláusula concursal contenida en este delito, hubiera sido de agradecer (sobre esta cláusula concursal, véase por ejemplo SÁNCHEZ VILANOVA, “La discutida...”, 2020, pp. 745-759. Y véase el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017).

<sup>103</sup> Sobre los problemas que presentaban estos delitos antes de la reforma de 2022, que siguen siendo los mismos actualmente, véanse, por ejemplo, GUIASOLA LERMA, “Los delitos...”, 2022, pp. 355-389; y VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, pp. 391-446.

<sup>104</sup> Así también, por ejemplo, VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, pp. 409 y 417.

<sup>105</sup> Según la versión original del art. 183 quater, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluía la responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II bis, cuando el autor fuera una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. La LO 8/2021, de 4 de junio, incluyó ya dos cambios en este precepto: de un lado, excluyó expresamente del ámbito de esta cláusula el delito contenido en el art. 183.2 CP (agresión sexual a menores de 16 años) y, de otro, añadió a los términos “grado de desarrollo o madurez” los adjetivos “física y psicológica”. En realidad, esta reforma no aportó gran cosa: en cuanto al primer cambio, porque el delito

<sup>98</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 256. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, en *Diario La Ley*, 2021; y (en relación al anterior art. 183 bis) CUGAT MAURI, “Art. 183 bis...”, 2022, p. 349.

<sup>99</sup> En efecto, antes de la reforma de 2022, el tipo cualificado del entonces art. 183 bis.2 se refería solo a la contemplación de abusos sexuales, lo que interpretado literalmente podía llevar al absurdo de entender que, si lo que se hacía presenciar al menor era una agresión sexual, no cabía aplicar esta cualificación.

<sup>100</sup> Dejando al margen la dificultad que tiene en este caso la prueba de un elemento subjetivo como este.

vo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento 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 física y psicológica”. De este modo, la LO 10/2022 ha cambiado la redacción anterior en lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, que no son ya exclusivamente aquellos actos sexuales conseguidos con violencia o intimidación, sino también aquellos en que se dé alguna de las demás circunstancias del actual art. 178.2, es decir, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o víctima privada de sentido, con la voluntad anulada o de cuya situación mental se abuse. Al respecto, aunque la nueva redacción pueda suponer una mejora técnica (pues la anterior, al excluir solo las agresiones sexuales del entonces art. 183.2, podía dar lugar a la errónea interpretación de que ningún otro delito estaba excluido), en el fondo no cambia nada, pues en los casos que ahora se excluyen expresamente difícilmente podía hablarse de consentimiento libre, requisito esencial para la exclusión de responsabilidad penal tanto antes de la reforma como ahora.

Por lo demás, el consentimiento no se define en este precepto, ni se hace una remisión expresa a la definición de consentimiento que ahora se incluye en el art. 178, indicándose solo que debe ser libre. Nada impide, sin embargo, aplicar aquí también dicha definición, aunque si entendemos que lo que dice el art. 178 es que para determinar si el acto sexual es o no consentido hay que atender a todas las circunstancias concurrentes, no creo que ello cambie en nada la situación anterior.

En realidad, creo que, más relevantes que las novedades introducidas en el art. 183 bis, son las que no se han incluido, pues, a pesar de las muchas críticas y propuestas de mejora recibidas por esta cláusula desde su introducción, no se ha modificado ninguno de

sus aspectos problemáticos.<sup>106</sup> Por lo mismo, resulta fundamental la labor interpretativa que está realizando la jurisprudencia.

## 7. Conclusiones

Tras la reforma, se reconoce como bien jurídico protegido en estos delitos la libertad sexual en sentido amplio, aunque luego este reconocimiento no parece tener muchas consecuencias en la configuración de los delitos, dejándose un margen muy estrecho al ejercicio de este derecho por parte de los menores de 16 años.

La unificación en un solo delito de agresión sexual de las anteriores figuras de abuso y agresión sexual no se ha realizado de la misma forma respecto de menores que en los casos de víctimas mayores de 16 años, en la medida en que en el nuevo art. 181 sigue habiendo un tipo básico y un tipo cualificado aplicable cuando se usa violencia o intimidación. La diferencia en este ámbito con la regulación anterior es que ahora en el tipo cualificado se incluyen más supuestos. Por ello, si la supresión de la distinción entre abuso y agresión sexual con víctima mayor de 16 años es criticable porque da lugar a un único delito con un mismo marco penal para conductas de muy diferente gravedad, en relación a víctimas menores de 16 años lo criticable es que esta supresión conduce a extender el marco penal que antes se preveía solo para los casos de uso de violencia o intimidación a un mayor número de casos.

La extensión de los supuestos de hecho es, en realidad, una característica general de la reforma, que amplía el ámbito de aplicación de delitos (como en el *grooming*) y cualificaciones (como en el art. 181.4), siendo en este sentido el cambio más relevante en mi opinión el que se produce al incluir en el tipo básico del delito de agresión sexual, junto a los casos de contacto físico sexual entre autor y víctima, los de contacto sexual del menor sobre sí mismo o con tercero a instancia del autor, supuestos a los que ahora

de agresión sexual, que entonces exigía violencia o intimidación, era incompatible con la exigencia de consentimiento libre, por lo que no era preciso excluirlo expresamente del ámbito de aplicación del precepto; y en cuanto al segundo, porque el añadido de “física y psicológica” (aunque acercaba más la redacción a la del art. 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que este artículo trasponía) nada aportaba en la práctica.

<sup>106</sup> Una de las mayores críticas doctrinales al anterior art. 183 quater ha sido respecto a su vaguedad. Así, por ejemplo, CABREIRA MARTÍN, *La victimización...*, 2019, p. 166; BOLDOVA PASAMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 17; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 24ª ed., 2022, p. 254; o VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos...”, 2022, p. 423.

cabe además aplicar todos los tipos cualificados del art. 181 CP. Por lo demás, entre las cualificaciones del apartado 2 del art. 181 y las del apartado 4 se producen multitud de solapamientos que habrá que analizar con detalle para evitar problemas de *bis in idem*.

En cuanto a las penas, a pesar de mantenerse a menudo nominalmente idénticas a las existentes hasta la reforma, encubren casi siempre un nuevo incremento punitivo (uno más), en la medida en que se aplican a un número mucho mayor de supuestos, incremento que en absoluto se compensa con las pobres posibilidades atenuatorias que se reconocen. Sin embargo, ello no impide, por supuesto, y a pesar de la polémica surgida en los meses de octubre y noviembre de 2022, que, si excepcionalmente en algún supuesto puede resultar más beneficiosa la LO 10/2022, sea aplicada retroactivamente, lo que habrá de determinarse caso a caso.<sup>107</sup>

Finalmente, resulta llamativo también lo que la reforma no ha hecho, perdiendo el legislador otra nueva oportunidad de mejorar los aspectos de la regulación de estos delitos que la doctrina ha venido señalando como problemáticos.

## 8. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-58.
- “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-88.
- ACALE SÁNCHEZ/ FARALDO CABANA, “Presentación”, en Faraldo Cabana/ Acale Sánchez (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-29.
- AGUADO LÓPEZ, “Las reformas proyectadas de los delitos contra la «indemnidad sexual» en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de ‘child grooming’ y ‘sexting’ (artículo 183 ter)”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59-84.
- ÁLVAREZ GARCÍA, “La libertad sexual en peligro”, en Iglesias Canle/ Bravo Bosch (dir.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 295-326.
- BOLDOVA PASAMAR, “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 23-16, 2021, pp. 1-41.
- BOZA MARTÍNEZ, “Los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años”, en Rodríguez Mesa (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 275-294.
- CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.
- CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 80, 2011, pp. 5-20.
- CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Álvarez García/ González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.
- “Artículo 182 CP: Vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 227-249.
- “Art. 183 bis. Las nuevas modalidades de abuso sin contacto entre autor y víctima”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los*

<sup>107</sup> Entiendo, por ejemplo, que al haberse reducido los mínimos de ciertos marcos penales (de 8 años a 6 y de 12 años a 10 en el nuevo art. 181.3 en relación al anterior art. 183.3) deberían revisarse las condenas en las que se aplicaran rebajas de pena (por tentativa, por complicidad, por eximente incompleta, por atenuante muy cualificada...), pues, en la medida en que la rebaja parte del mínimo de pena, podría resultar ahora más beneficiosa la pena a imponer.

- delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 337-353.
- DE LA MATA BARRANCO, “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 21-20, 2019, pp. 1-70.
- DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 6, 2000, pp. 69-101.
- “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, arts. 178-183”, en Díez Ripollés/ Romeo Casabona (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209-389.
- “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 21-10, 2019, pp. 1-29.
- ESQUINAS VALVERDE, “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 141-225.
- FARALDO CABANA/ ACALE SÁNCHEZ (dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en Muñoz Conde (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 141-189.
- “La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n° 12, 2016, pp. 261-319.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (disponible también en <https://www.politica-criminal.es/una-propuesta-alternativa-a-la-proteccion-penal-de-los-menores-2002>).
- GUISASOLA LERMA, “Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 355-389.
- LAMARCA PÉREZ, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, n° 27, 1996, pp. 50-61.
- MAGRO SERVET, “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, n° 9894, 2021.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de ‘La Manada’”, en De Vicente Remesal y otros (dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. II, Reus, Barcelona, 2020, pp. 1761-1770.
- MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- “De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 253-335.
- MORALES HERNÁNDEZ, “Análisis de los tipos Penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código penal”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 89-138.
- MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 299-338 y 352-412.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*

- (*Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433-486.
- MUÑOZ CONDE, “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso ‘La Manada’”, en *Revista Penal*, n° 43, 2019, pp. 290-299.
- *Derecho penal, Parte especial*, 24ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. También se citan ediciones anteriores de este manual: 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; y 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, “El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Revista Penal*, n° 49, 2022, pp. 116-125.
- ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PÉREZ ALONSO, “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, en *InDret*, 3/2019, pp. 1-44.
- RAMOS TAPIA, “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ROPERO CARRASCO, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 34, 2014, pp. 225-300.
- SÁNCHEZ VILANOVA, “La discutida cláusula concursal del artículo 183 ter. 1º CP: aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 745-759.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 603-620.
- TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 421-433.
- URRUTIA LIBARONA/ MURUA ASTORQUIZA, “La tutela penal del menor en materia de delitos sexuales”, en Pérez Machío/ De la Mata Barranco (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 123-223.
- VILLACAMPA ESTIARTE/ TORRES FERRER, “Los delitos de *online child grooming* y *sexting*: un análisis crítico de su tipificación en el Código Penal”, en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 391-446.



ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES