

EL MENOR ANTE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Penal (Universidad de Sevilla)

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII CP. III.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS LEGALES: 1.- Tipo básico de abuso sexual a menor de trece años; 2.- Tipo básico de agresión sexual a menor de trece años; 3.- Tipos cualificados; 4.- El llamado "Child grooming". IV.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN.

La alarma social ocasionada en los medios de comunicación por luctuosos episodios de agresiones y abusos sexuales sobre niños (*Caso Mariluz*), junto a la necesidad de armonizar nuestro Ordenamiento con la normativa europea (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 diciembre 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil)¹ obligó al legislador penal a tipificar nuevas conductas delictivas. A

¹ Véase Diario Oficial DOC 357, de 14.12.2001. La Comisión es consciente de que el fenómeno de la trata de seres humanos tiene una dimensión mundial y que decenas de miles de personas, sobre todo niños y mujeres, son las primeras víctimas. Las causas de este tráfico son a menudo la pobreza, el desempleo, la falta de educación, y la vulnerabilidad de los niños y mujeres. Con el fin de encontrar una solución satisfactoria, la Comisión sugiere un enfoque general que pueda abordar los distintos aspectos de un problema tan complejo. Desde 1996, la Unión Europea cuenta con una serie de programas en materia de lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de la infancia. Para ello desarrolló los programas **STOP** y **DAPHNE**, con el fin de combatir la violencia de la que son objeto las mujeres y niños, y en los que participaron tanto las autoridades públicas como las organizaciones no gubernamentales. Como el programa STOP expiraba en el año 2000, la Comisión presentó al Consejo una propuesta de prórroga para los años 2001 y 2002, que está examinándose actualmente. En 1997, el Consejo adoptó una acción común con el fin de favorecer la cooperación judicial. Los Consejos Europeos de Tampere y de Santa María de Feira invitaron a los Estados miembros a adoptar medidas concretas en la materia. A pesar de las modificaciones introducidas por los Estados miembros en sus legislaciones, la cooperación judicial resulta difícil por la falta de definiciones comunes de los elementos constitutivos del delito, la tipificación y las sanciones aplicables. Con el fin de remediar esta situación, la Comisión presentó en diciembre de 2000 dos propuestas de decisiones marco. La primera (relativa a la **lucha contra la trata de seres humanos**) aborda dos aspectos distintos de este tráfico: el tráfico con fines de explotación sexual y el tráfico con fines de explotación laboral. La segunda

este fin, redactó el Capítulo II bis, “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*” prestando especial atención a las conductas sexuales que afectan a menores.

Las sucesivas reformas operadas en el ámbito de los *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* son síntoma del carácter controvertido y polémico de esta tipología delictiva, planteando cuestiones tanto respecto a la forma en la que el Derecho penal debe intervenir, así como a los límites de su castigo.

La LO 3/1989, de 21 de junio, sustituyó la antigua y ancestral rúbrica “*De los delitos contra la honestidad*” (Título IX Libro II ACP), por la más amplia de “*Delitos contra la libertad sexual*” la cual mantuvo el Código penal de 1995 en su Título VIII. La reforma de éste por LO 11/1999, de 30 de abril, modificadora del Título VIII del Código Penal, significó una transformación en el Derecho penal sexual, no sólo en su propio Título, que ahora figura como “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, sino también en las tipologías delictivas e, incluso, en la reinterpretación de algunos de sus elementos típicos. Además, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el tipo cualificado de agresiones sexuales, incluyendo la introducción de miembros corporales junto a la de objetos. Finalmente, la LO 5/2010, de 22 de junio, en cumplimiento de la Decisión Marco de la Unión Europea, aumenta los marcos punitivos, incorpora nuevas conductas típicas, redactando el Capítulo II bis “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”, incorporando el inédito art 183 bis CP –“*Child grooming*”–. Finalmente, se modifican ciertos preceptos en el ámbito de las *figuras de la prostitución y pornografía infantil* y se crea la pena de privación de la *patria potestad* o instituciones análogas.

Sin embargo, el aspecto más criticable de la nueva tipificación radica en la modificación del artículo 36 CP, evitando el adelantamiento de la obtención del tercer grado a los delincuentes sexuales, que son considerados grupos peligrosos de riesgo, por lo que demandan un Derecho penal distinto².

(relativa a la explotación sexual de la infancia y a la pornografía infantil) se refiere al nuevo y espantoso fenómeno de la pornografía infantil en Internet. Al elaborar las dos propuestas de decisión marco, la Comisión tuvo en cuenta los trabajos a nivel internacional recogidos por el protocolo de las Naciones Unidas sobre la trata de seres humanos y por el proyecto de convenio del Consejo de Europa relativo a la delincuencia informática. La Comisión invita al Consejo a adoptar sin demora ambas propuestas con el fin de reaccionar de forma clara contra un fenómeno inaceptable de violación de los derechos fundamentales del individuo. Vid DO C 357, de 14 diciembre 2001.

² En este sentido, comparto la opinión de DURÁN SECO, quien acertadamente afirma que “aquí procedería hablar del derecho penal del enemigo”, en “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (1)”, La Ley, núm. 63, Sección Estudios, Septiembre 2009, p. 18, Ed. La Ley (La Ley 13618/2009), p. 2 (n.6)

II.- CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO VIII CP.

La cuestión del bien jurídico en los delitos sexuales fue siempre controvertida³, y en la actualidad no ha dejado de serlo. Pese a las modificaciones introducidas en la rúbrica bajo la que se agrupan los delitos que nos ocupan, la cuestión de cuál sea efectivamente el bien jurídico protegido por las distintas figuras delictivas no es pacífica (honestidad, moral sexual, libertad sexual, indemnidad sexual), pues una solución de semejante cuestión requiere hacer frente al problema de lo que pueda entenderse como protegido en el caso de la realización de actos de naturaleza sexual con menores e incapaces.

1.- Honestidad⁴. Hasta la reforma de 1989, nuestros Códigos históricos habían caracterizado a estas conductas como “delitos contra la honestidad”, pero es evidente que la honestidad no podía constituir el bien jurídico protegido⁵, tal como sostuvo la doctrina mayoritaria.

Así por ejemplo, un sector doctrinal estimó que “la referencia a delitos contra la honestidad pone de manifiesto sólo algo común a los hechos tipificados: que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor, pero los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos”, es decir, “que en lo que

³ Sobre la controversia sobre la determinación del bien jurídico protegido, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal ante el sexo*, Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, 1981, pp. 22-23; el mismo, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985, p. 23; CARMONA SALGADO, Concepción, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, Madrid, 1996, p. 227; LAMARCA PÉREZ, Carmen, JD, 1996, pp. 50 ss.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal VII, Madrid, 1997, pp. 577-579; p. 593; MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *Congreso de Derecho Penal y Procesal* (“El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado”, Sevilla, 11-15 noviembre, 1996), Sevilla, 1998, passim; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 215-259.

⁴ Los “delitos contra la honestidad” se regulaban en el Título IX ACP, y fueron concebidos desde una concepción exclusivamente machista y paternalista de la sexualidad, donde la mujer jugaba un papel secundario, de placentero “reposo del guerrero”, de sujeto pasivo de la relación carnal y, por ende, de procreadora. En este contexto, la mujer debía aparentar un comportamiento recatado, pues su “deshonra” salpicaba a toda la familia, particularmente a los varones de la misma (recuérdese los delitos de infanticidio y aborto “honoris causa”; el desigual tratamiento del adulterio y el amancebamiento) (ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 27-28)

⁵ Véase, FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, Verlag Beck, München, 2010, p. 1092, nm 6.

coinciden todos estos delitos es en que una acción deshonesto produce la lesión del bien jurídico de que se trate"⁶.

2.- Moral sexual. Ya durante la vigencia del Código penal derogado y con anterioridad a la sustitución de aquella rúbrica de "Delitos contra la honestidad", la doctrina mayoritaria sostuvo que el bien jurídico protegido por los mismos tenía que estar representado por la *moral sexual*, o bien, por el *orden moral sexual*. Para esta doctrina mayoritaria la moral sexual en cuanto bien jurídico protegido debía entenderse estrictamente en un sentido social, y por ello, secularizado. Así, la moral sexual se entendió como "aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas"⁷: No se trataba de cualquier concepción moral, sino del orden moral sexual realmente vigente en la sociedad, el cual se protegería sólo en la medida en que fuera imprescindible para el mantenimiento del orden social⁸.

3.- Libertad sexual. El concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal, sino que se trata de una manifestación de ésta que singulariza la facultad de autodeterminación en la esfera sexual⁹.

En el concepto de libertad sexual habría que distinguir dos aspectos: uno, positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, libertad sexual significa libre disposición por la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, y esto tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo, y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual ajeno.

6 De esta opinión GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 197 ss., quien subrayaba que "la referencia a la honestidad que hace en el Título IX no supone que se agrupe a toda una serie de delitos porque atacan el bien jurídico 'honestidad'; la honestidad de que habla el Código lo que supone es que se ha agrupado a toda una serie de delitos por sus características comunes de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza".

7 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 320; asimismo, RODRÍGUEZ DEVESA, José Mª, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 8ª ed., Madrid, 1989, p. 147. Desde una perspectiva de Derecho comparado, véase, CONTIERI, Enrico, "La differenza tra il delitto di atti osceni e la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza", *Annali Di Diritto e Procedura Penale*, 1936, p. 950; LACKNER, Karl, Ponencia presentada al 47. Deutscher Juristentag, en "Empfielt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Verlag CH Beck, 1968, p. 36 y pp. 30-31.

8 CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 3ª ed., Tecnos Madrid, 1985, pp. 18 ss.; n.19; y ahora en 5ª ed., 1996, p. 17 y nota 21.

9 SAP Madrid, 9 febrero 2010 (LL 53250/2010).

4.- Libertad e indemnidad sexuales. Si tenemos en cuenta que la libertad sexual se va a entender como capacidad de autodeterminación sexual, y los menores e incapaces carecen, por definición de esta capacidad, en el caso de agresiones sexuales que afecten a menores e incapaces no podrá hablarse de libertad sexual, pues difícilmente se puede proteger aquello de lo que se carece. De ahí que, en estos casos, parece más correcto utilizar los términos *indemnidad* o *intangibilidad sexuales*, conceptos procedentes de la doctrina italiana¹⁰, siendo acogidos en la doctrina española entre finales de los años setenta y principios de los ochenta¹¹.

Con base en el concepto de indemnidad sexual la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que incidan de modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual. En el caso de incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.

5.- No obstante, si bien es cierto que el bien jurídico protegido en el caso de atentados sexuales sobre menores de trece años sea la indemnidad sexual, no es menos cierto que una lectura del nuevo Capítulo II bis ("De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años"), obliga a incluir, junto a aquélla, otros bienes dignos de protección, tales como la *formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, su dignidad*, e incluso, *su vida*. Por tanto, puede afirmarse que el bien jurídico tutelado en el Capítulo bis II (arts. 183-183 bis CP) reviste un *carácter pluriobjetivo*, al estar integrado por bienes jurídicos plurales.

En síntesis, de las argumentaciones anteriormente expuestas puede afirmarse que el bien jurídico protegido en el delito de abusos sexuales sobre

10 Véase, por ejemplo, CONTIERI, Enrico, *La congiunzione carnale violenta*, 4ª ed., Milan, 1980, p. 41; BERTOLINO, Marta, "Commento all'art. 521 CP", en CRESPI/STELLA/ZUCALLA, *Comentario al Codice penale*, Pádova, 1986.

11 El concepto de *indemnidad* fue formulado en la doctrina española por COBO DEL ROSAL, Manuel, como sustitutivo del de intangibilidad sexual, en "El delito de rapto", en *Comentarios a la Legislación Penal*, T II, Edersa, Madrid, 1983, pp. 392 ss.; véase GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982, pp. 281-285; CARMONA SALGADO, Concepción, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch Casa Editorial SA, Barcelona, 1981, pp. 34 ss., y especialmente pp. 40 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Los delitos de rapto en el Código penal español*, Universidad de Granada, 1977, pp. 595-596.

menores de trece años viene constituido por la *indemnidad sexual*¹², entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, y por otros bienes jurídicos.

III.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS LEGALES.

El nuevo Capítulo II bis versa sobre los “abusos y agresiones sexuales perpetrados sobre menores de trece años”, y se estructura en un tipo básico, y dos cualificados.

1.- Tipo básico de abuso sexual¹³ a menor de trece años (art. 183.1 CP).

El delito de abusos sexuales se caracteriza por el *atentado contra la libertad o indemnidad sexual* de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento. A estos efectos, el apartado 2 del artículo 181 CP considera *abusos sexuales no consentidos* los que se ejecuten sobre *personas* que se hallen *privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de *fármacos, drogas* o cualquiera otra *sustancia natural o química* idónea a tal efecto¹⁴.

A diferencia de la redacción anterior a la reforma de 2010, donde expresamente se aludía a la irrelevancia del consentimiento en el caso del menor

12 En este sentido, se ha pronunciado la doctrina alemana, al entender que se protege la “indemnidad sexual”, el indemne desarrollo sexual de los menores (“der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern”), véase, KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch*, op. cit., p. 670; BANGEL/DEEGENER, *Sexueller Missbrauch an Kindern*, 1996; BURGER/REITER, *Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen*, 1993.

13 El Código penal alemán considera abuso sexual de niño (§ 176 StGB), los que se ejecuten sobre menores de catorce años, con el siguiente tenor literal: “(1) quien practique acciones sexuales en una persona menor de catorce años (niño) o permita que se practiquen en él por el niño, será castigado con pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años en casos menos graves, con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(2) En la misma forma será castigado quien disponga a un niño, para que practique acciones sexuales con un tercero, o para que permita que un tercero los practique en él. (3) Será castigado con pena privativa de la libertad de hasta de cinco años o con multa, quien:

1. practique acciones sexuales ante un niño
2. determine a un niño a que practique acciones sexuales consigo mismo, o,
3. influya sobre un niño por medio de la presentación de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido.

(4) La tentativa es punible; esto no rige para hechos según el inciso 3 numeral 3”.

de trece años¹⁴, la nueva redacción se limita a castigar como “responsable de abuso sexual a un menor, a quien realice *actos que atentan contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*”¹⁵, lo que conlleva a admitir la relaciones sexuales entre menores.

1. 1. Sujetos.

Atendiendo a la redacción típica del artículo 183 CP se puede afirmar que nos hallamos ante un delito común, pudiendo ser cometido por cualquiera que lleve a cabo la acción típica descrita en el tipo, tanto el hombre como la mujer, siendo imaginable agresiones sexuales heterosexuales y homosexuales. Básicamente, la amplia redacción legal “el que” permite admitir múltiples combinaciones en la realización del tipo básico¹⁶, pudiendo ser sujetos activos tanto el hombre como la mujer, y siendo igualmente ambos sujetos pasivos del delito¹⁷.

En los sujetos pasivos debe incluirse también la *persona prostituida*¹⁸ o de *vida promiscua*; *cónyuge*¹⁹ o pareja de hecho o persona con la que se convive “*more uxorio*”²⁰ relaciones análogas al matrimonio²¹ –recuérdese que el Código civil español permite contraer matrimonio a los menores de catorce años–. Finalmente, resulta indiferente el sexo del mismo, con la única exigencia de que la acción típica verse sobre un sujeto menor de trece años²².

1. 2. Conducta típica.

El legislador penal tipifica el *atentado a la indemnidad sexual de los menores de trece años*, aludiendo a la acción de “realizar actos que atentan a la

14 “a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años”.

15 Artículo 183.1 CP: “1. El que realizare actos que atentan contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”.

16 No obstante, en el tipo cualificado se establecen ciertas limitaciones.

17 de esta opinión Díez Ripollés, José Luis, *Comentarios*, op. cit., p. 256.

18 ATS 21 enero 2010 (LL 1351/2010); STS, 17 mayo 2004 (Tol 448.607).

19 STS, 8 de enero 2010 (LL 5323/2010).

20 STS, 17 septiembre 2002 (Tol 222615).

21 STS, 25 octubre 2001 (Tol 103267).

22 Este límite de edad atiende exclusivamente a un criterio biológico; en el derecho penal alemán, el límite de edad se ha fijado en los 14 años (vid. KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch*, op. cit., p. 670).

indemnidad sexual". Conforme con ello, y de acuerdo con una interpretación sistemática, deberán incluirse en el tipo cualesquiera conductas que involucren al menor en un contexto sexual ajeno, *sin* que concurra ni *violencia*, ni *intimidación*.

Por ejemplo, un beso en la mejilla²³, en la cara, nariz y boca; tocamientos en zonas íntimas²⁴ (pechos²⁵); en el muslo²⁶; en las nalgas; tocarle el vientre por encima del pantalón²⁷.

1. 3. Tipo subjetivo.

Los tipos de abusos sexuales exigen dolo, esto es, tanto el conocimiento sobre el carácter sexual del acto y la edad o situación de la víctima, como la voluntad de ejecutarlo. Por consiguiente, si el sujeto actúa bajo un *error* que incida sobre los elementos del tipo (edad de la víctima, consentimiento, capacidad mental), será tratado como *error de tipo* (art. 14 CP), que de ser vencible, dará lugar a la impunidad de su conducta.

2.- Tipo básico de agresión sexual a menor de trece años.

El artículo 183.2 CP dispone que:

"2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con pena de cinco a diez años de prisión (...)"

²³ De esta opinión KINDHÄUSER, Urs, Strafgesetzbuch op. cit., p. 670; OLG Zweibrücken NSTZ 1998, 357.

²⁴ STS, 11 febrero 2003 (Tol 265.562): "Ya, en el parque y el acusado se sentó en un columpio, y primero a una de las niñas y luego a la otra las sentó encima suyo, frotándose su zona genital con el cuerpo de las niñas, mientras se columpiaban, a la vez que hacia evidentes signos de excitación, y manoseaba el cuerpo de las menores. Seguidamente se dirigieron a una zona más alejada y protegida de vistas, en la que se ubican un tobogán (Txirriestra) echándose sobre él, e introduciendo la mano por debajo del pantalón a la vez que se abría el pantalón, tomando la mano de la menor J.R.M. y llevándola a su zona genital, reaccionando la menor y propinándole una bofetada" (...) Llegados al referido parque, y una vez el procesado llevó a los niños a una zona algo más alejada, y sin presencia de público, en la que existe un césped; llegados al lugar, el acusado se tumbó en la hierba, desabrochándose el pantalón y bajándose, así como el calzoncillo, hasta media pierna, comenzando una masturbación; seguidamente tomó a las menores a la altura de las muñecas, y llevando sus manos, de forma alternativa de una y otra niña, junto con la suya, siguió en dicha actividad masturbatoria".

²⁵ ATS, 1 julio 2004 (Tol 501.608).

²⁶ STS, 11 octubre 2005 (Tol 731.543).

²⁷ STS, 21 noviembre 2000 (LL 2256/2001).

2. 1. Sujetos.

En relación a los sujetos del delito, cabe reproducir lo afirmado para el tipo básico de abusos sexuales²⁸, siendo necesario que el sujeto pasivo sea un menor de trece años.

2. 2. Conducta típica.

2.2.1.- La agresión sexual.

La acción típica en el delito de agresión sexual consiste en "*atacar*" la *indemnidad sexual del menor de trece años*", por supuesto "*con violencia o intimidación*", y respecto de su concreción se plantean fundamentalmente dos problemas. En primer lugar, hay que determinar qué actos podrían ser valorados como constitutivos de una agresión sexual relevante para este tipo. En segundo lugar, es preciso resolver la cuestión relativa a si es preciso un contacto corporal entre los sujetos del delito para la existencia de una agresión sexual típica.

2.2.2.- El concepto de acción sexual²⁹.

De un lado, en el concepto de agresión sexual sólo podrán estimarse comprendidas aquellas acciones que representen una manifestación del instinto sexual. O dicho con otras palabras, toda acción mediante la que el autor pretende involucrar a otra persona en un contexto sexual. Por ejemplo,

²⁸ Véase *supra*.

²⁹ A este respecto, el legislador alemán ha tipificado expresamente las *acciones sexuales* (§ 184 g StGB), en el sentido de esta Ley, (a) sólo las que son de alguna relevancia para el bien jurídico protegido; (b) también se incluyen las que hayan sido realizadas por un tercero. Se entiende por tales los modos de comportamiento que a causa de su fenotipo o su contexto concreto son relativos al sexo. Deben haber sido realizadas con el propio cuerpo o el de un tercero; no son relevantes las manifestaciones verbales o la exhibición de representaciones. Generalmente algunas acciones ambiguas son situaciones relativas que se deben interpretar (por ejemplo, revisiones ginecológicas, ejercicios de gimnasia). Con independencia de las motivaciones fácticas del autor, sólo aparecen como sexuales, cuando del contexto resulta que no tienen otra finalidad. Regularmente, la acción sexual se realizará activamente, pero también podrá ser desarrollada omisivamente (por ejemplo, quedarse desnudo a la llegada de alguien). Es necesario un menoscabo cuantitativo y cualitativo considerable del bien jurídico (intensidad, duración) Si una acción sexual es decisiva, se rige por el grado de peligrosidad para el bien jurídico afectado (BGH NSTZ 2007, 700) En virtud de todas las circunstancias concomitantes, la acción no puede ser considerada más que socialmente tolerable (BGH NJW 1989, 3029; 1992, 324) En la mayoría de injustos de los delitos sexuales es el elemento superfluo, como ya se desprende de la importancia de la transcripción del hecho ulterior (abuso; aprovechamiento) No son relevantes algo así como besos habituales y abrazos o una caricia breve.

tocar pechos o genitales a una mujer mediante violencia³⁰.

Por otra parte, debe exigirse que la misma tenga una cierta trascendencia y gravedad para afectar de modo relevante a la sexualidad ajena. Conforme con ello, no tienen entidad suficiente para constituir una agresión sexual típica acciones de tocamientos y apretones aprovechando aglomeraciones en el metro, en el autobús o en espectáculos públicos.

2.2.3.- El contacto corporal.

Un segundo problema que plantea la delimitación de la acción típica del delito de agresión sexual es el relativo a si la realización de un atentado a la libertad sexual requiere necesariamente de algún tipo de contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del delito. Un sector de la doctrina considera que el término atentado contra la libertad sexual exige un *contacto corporal* entre los sujetos activo y pasivo³¹, mientras que otro sector entiende lo contrario³².

En mi opinión, es posible lesionar y atacar la libertad e indemnidad sexuales mediante acciones que no supongan un contacto corporal. No obstante lo anterior, esta exigencia de contacto corporal hay que entenderla en el sentido que si bien no es preciso que exista dicho contacto entre el autor y la víctima, sí es preciso que exista algún tipo de contacto corporal en o sobre el cuerpo de la víctima (contacto corporal restringido)³³.

Por ejemplo, casos como el de obligar al sujeto pasivo a masturbarse en contra de su voluntad; hacerse masturbar por la víctima³⁴.

³⁰ Véase, por ejemplo, SAP Barcelona, 8 febrero 2010 (LL 28196/2010); Auto TS, 18 febrero 2010 (LL 4373/2010).

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., 14ª ed., p. 201; 15ª ed., op. cit., p. 212; 17ª ed., p. 198. En el mismo sentido, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios*, op. cit., p. 241; los mismos, *Comentarios al Nuevo Código penal*, op. cit., 3ª ed., pp. 929-930; GONZÁLEZ RUS, Juan José, CPC, núm. 59, 1996, pp. 332-333; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dir.: Conde-Pumpido Ferreiro), Madrid, 1997, pp. 2163-64; MAQUEDA ABREU, Mª Luisa, "La reforma de los delitos sexuales", op. cit., 1998, p. 81; LAMARCA PÉREZ, Carmen, JD, 1996, p. 54.

³² Por ejemplo, CARMONA SALGADO, Concepción, en *Los delitos de abusos*, op. cit., pp. 75-80; 82-84. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op. cit., pp. 77 ss.

³³ De esta opinión MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, op. cit., pp. 79 s. Véase en la doctrina alemana, KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch*, op. cit., p. 671; HÖRNLE, Tatjana, NJW 2008, p. 3521.

³⁴ SSTS, 18 diciembre 1996 (LL 2201/1997); 29 diciembre 2009 (LL 268269/2009).

2.2.4.- La violencia o la intimidación.

Tales elementos típicos coinciden con los descritos en el Título VI, relativo a los delitos de amenazas y coacciones, si bien referidos al contexto sexual. La violencia o "vis absoluta" se entiende como el empleo de violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el autor³⁵.

En este contexto cabe preguntarse por el *grado de resistencia* que debe oponer la víctima, sin que tenga que ser irresistible, siendo suficiente la exteriorización de su negativa a la relación sexual, y que medie una relación de causalidad adecuada entre la violencia empleada y la agresión sexual³⁶. Aunque la necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, el análisis del grado de resistencia que haya mostrado la víctima, es una cuestión que se plantea reiteradamente en los casos de agresiones sexuales violentas. En opinión de Morales Prats/García Albero, tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la violencia³⁷.

La intimidación equivale a "amenazar", esto es, un constreñimiento psicológico, que debe guardar cierta relación con la agresión sexual, y revestir cierta gravedad. Es un elemento de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, o amenaza con un mal racional y fundado.

Valga de cita, la exhibición y utilización de una navaja³⁸; colocar una navaja en el cuello de la víctima para realizar tocamientos³⁹, amenazar a la hija con suicidarse si no accedía a mantener con él relaciones sexuales⁴⁰.

³⁵ Por ejemplo, "... la violencia como fuerza física, acometiendo coacción o imposición material e implica una agresión más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SAP Madrid, Sección 3ª, 9 febrero 2010, LL 53250/2010).

³⁶ Por ejemplo, SAP La Rioja, 1 marzo 2010 (LL 30757/2010).

³⁷ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en *Comentarios...*, op. cit., p. 242. En sentido contrario, considera DIEZ RIPOLLÉS que la resistencia constituye un elemento típico imprescindible en la agresión sexual violenta, al dar sentido a la violencia empleada, que no se ejerce gratuitamente en el comportamiento sexual, sino para doblegar un impedimento material interpuesto por el sujeto pasivo o que se prevé que pueda utilizar, en *Comentarios*, op. cit., p. 290. En su opinión, la principal consecuencia que se deriva de excluir la resistencia entre los elementos del tipo consiste en su identificación con la mera oposición a la relación sexual, desfigurando los límites de las agresiones sexuales violentas con otras figuras de menor gravedad.

³⁸ SAP Madrid, 9 febrero 2010 (LL 53250/2010).

³⁹ STS, 28 abril 2003 (LL 12714/2003).

⁴⁰ STS, 1 octubre 1999 (Tol 51378).

2.2.5.- Los ataques sorpresivos.

En relación con los medios comisivos de la violencia o la intimidación, se plantean como supuestos problemáticos los denominados ataques sorpresivos y aquellos otros en los que la víctima está aquejada de una incapacidad de resistencia, en virtud de determinadas deficiencias físicas o psíquicas que padece, como por ejemplo, una hemiplejía, una situación de hipnosis, narcosis, etc.

Por lo que a los "ataques sorpresivos" respecta, el sujeto activo aprovecha lo inesperado de su conducta ante la situación desprevenida de la víctima para realizar sobre ella una acción de naturaleza sexual no consentida. En estos casos, la doctrina penal niega el carácter violento de la conducta, ya que en los citados ataques sorpresivos no se constatan las características mínimas de ejercicio de fuerza física, y tampoco existe intimidación. Las conductas sorpresivas no guardan relación con las conductas violentas, pues el dato de que la acción sexual se realice repentinamente, no significa que sea violenta, ni siquiera en aquellos casos en que la impresión pretende evitar la resistencia previsible de la víctima⁴¹.

En segundo lugar, si la víctima carece de la capacidad física de repeler la agresión (hemiplejía, situación de hipnosis, narcosis), tampoco cabe afirmar la existencia de violencia o intimidación, debiendo calificarse como abuso sexual⁴² con las agravantes correspondientes, pero no como agresión sexual.

2.3. Tipo subjetivo.

El tipo subjetivo de los delitos sexuales en general, y el de las agresiones sexuales en particular, plantea la cuestión relativa a si además del *dolo* se precisa la concurrencia de algún *elemento subjetivo de lo injusto* adicional o trascendente al *dolo*⁴³.

En mi opinión, de acuerdo con un sector cada vez más numeroso de la doctrina más reciente, que ya comienza a influir además en la jurisprudencia, considero que los tipos sexuales en general, y el de agresión sexual a

41 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Comentarios*, op. cit., p. 293; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales*, op. cit., pp. 143 ss. En la doctrina penal, incluyen las conductas sorpresivas en los tipos de abusos sexuales del artículo 181.1 CP, entre otros ASÚA BATARRITA, Adela, "Las agresiones sexuales", op. cit., p. 80; SÁNCHEZ TOMÁS, José M^a, CPC núm. 61, 1997, p. 108.

42 En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en ATS de 27 junio 2001 (RJ 2001/7146), donde el autor pretendía obtener la práctica de una felación de *persona privada de sentido*.

43 En este sentido se ha expresado el ATS, 18 febrero 2010 (LL 4373/2010).

menores en particular no exigen concurrencia de ese elemento subjetivo de lo injusto ni de ningún otro, siendo suficiente para su realización con el dolo. El sujeto activo debe querer sólo agredir sexualmente, consciente del significado sexual de su acción⁴⁴.

En mi opinión, el tipo subjetivo del artículo 183 CP viene constituido por el dolo de realización de la agresión sexual, siendo decisivos el conocimiento⁴⁵ y la voluntad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia o la finalidad específica perseguidas por el autor⁴⁶.

3.- Tipos cualificados.

A partir de la tipificación de los tipos básicos de abusos y agresiones sexuales, el legislador sanciona, en primer lugar, *con la pena de prisión de ocho a doce años*, en el caso del apartado 1, y con la *pena de prisión de doce a quince años*, en el caso del apartado 2, los ataques que consistan *en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*" (art. 183.3 CP).

3.1. Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal.

Tradicionalmente, se había interpretado el acceso carnal como la "penetración del órgano genital de un varón en la vagina⁴⁷, el ano⁴⁸ o la boca de otra persona⁴⁹, mediando violencia o intimidación⁵⁰.

44 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14^a ed., p. 204; 15^a ed., p. 215; 17^a ed., p. 201. En la doctrina alemana, KINDHÄUSER considera que los delitos sexuales en su tipo subjetivo exigen sólo el conocimiento de realizar una acción con significado sexual (LPK-StGB, p. 698).

45 Evidentemente, el conocimiento del sujeto activo debe versar sobre la edad de la víctima, pudiendo concurrir un error de tipo.

46 STS, 27 abril 2001 (Tol 32489) Agresión sexual: el procesado realizó tocamientos reiterados en senos, vientre, ingles y muslos de la víctima y el insistente requerimiento del acusado para que le besara, integran el elemento subjetivo y objetivo del tipo, esa tendencia lasciva. Otra línea jurisprudencial ha calificado ciertas conductas como constitutivas de agresión sexual, sin confirmar elemento subjetivo alguno. Valga de cita, la STS, 6 octubre 1998 (RJ 1998/8045). Agresión sexual: agarrar a la víctima por la cintura abrazándola y frotándola contra sí con intención lúbrica... se realizan atentados de carácter sexual con fines o por motivos de venganza, burla.

47 STS, 10 diciembre 2009 (Tol 1.762.108).

48 SAP Toledo, Sección 1^a, 22 enero 2010 (LL 11879).

49 STS, 9 octubre 2009 (LL 196269/2009).

50 ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRA, en *Los delitos contra la libertad e indemnidad*

Con relación a esta primera modalidad típica, es opinión mayoritariamente aceptada la que sostiene como sujeto *activo*, al *varón*, siendo indiferente el sexo del sujeto pasivo (hombre o mujer) Cuestión nada pacífica en la doctrina, en el caso de que la conducta la realice una mujer sobre un varón (violación *inversa*), o sobre otra mujer⁵¹.

Si bien teóricamente se pudiese admitir tal posibilidad, desde un punto valorativo parece más correcto reservar tal cualificación para los casos *verdaderamente graves*, subsumiendo las prácticas fricativas (mujer/mujer) en el tipo básico del artículo 183 CP⁵².

Lo que no es óbice para calificar como *coautora* a la *mujer* que ejerciere violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal, en virtud de la tesis de que realiza un acto periférico del tipo⁵³⁻⁵⁴.

sexuales, op. cit., p. 96, n. 183 ("... a diferencia de lo que sucedía en el Código penal de 1973, en el cual la violación quedaba circunscrita al coito vaginal heterosexual, hasta que fue reformada en 1989, y pasó también a englobar el anal y el bucal, aspecto este último criticado por la doctrina). Véase, al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *Estudios Penales y Criminológicos XIV*, pp. 55 ss.; el mismo, *La protección...*, op. cit., pp. 41-44. En esta línea, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, considera excesivo equiparar el desvalor de la penetración vaginal o anal con la bucal, en "Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual", en *Cursos del Centro de Estudios de Judiciales*, núm. 3, Psiquiatría Forense, Madrid, 1990, p. 158. CANCIO MELIÁ, Manuel, sostiene que "el acceso carnal comporta siempre la penetración del órgano sexual masculino... el tipo comporta como conductas agravadas sólo modalidades invasivas...", *CDJP, Ad-Hoc*, 1998, p. 204. PUERTA LUIS, Luis Román, entiende el "acceso carnal" como equivalente a "coito o penetración vaginal", en *Estudios Jurídicos VII*, p. 547. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, Juan José, interpreta que "el acceso carnal" queda reducido así a las relaciones heterosexuales que consistan en la penetración del pene en la vagina de la mujer, en realidad, el equivalente de la violación en sentido estricto", *CPC* núm. 59, 1996, p. 335.

51 Por ejemplo, pensemos que la mujer se hace penetrar por el varón, con violencia o intimidación tras haberle suministrado una dosis elevada de *viagra*; Caso de prácticas fricativas en relaciones lésbicas. SAP Barcelona, 22 enero 2000 (LL 5642): donde se admite la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito de violación.

52 Por ejemplo, obligar a una mujer atada a mantener relaciones sexuales con la coacusada: agresión sexual tipo básico (SAP Asturias, 5 abril 2001, Tol 48655).

53 En opinión de ROXIN, el *autor* es la figura central en la realización de la conducta delictiva y distingue tres conceptos de autor, según la estructura de los correspondientes tipos delictivos. La mayor parte de los delitos dolosos son de dominio, en los que la figura central es el que tiene el dominio del hecho. En ellos, pues, se acepta el concepto finalista de autor. En los delitos que suponen la infracción de un deber –delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, delitos imprudentes, delitos de comisión por omisión– autor es todo el que estaba sujeto a ese deber, cualquiera que hubiese sido su forma de contribución a la comisión del delito. Por último, en los delitos de propia mano, autor es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva. Véase ROXIN, Claus, *Täterschaft*, op. cit., pp. 335 ss.; 352 ss.; 399 ss.; 458 ss.; 527 ss., y 707.

3.2. Introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

La segunda modalidad típica –la introducción de objetos por las vías vaginal o anal–, incluye los supuestos en que el sujeto activo introduce al sujeto pasivo los objetos, en contra de su voluntad, como los casos en que el autor obliga a la víctima, sin su anuencia, a introducirse objetos sobre su propio cuerpo⁵⁵.

Con respecto a esta modalidad, pueden ser sujetos *activos* tanto el *hombre*, como la mujer, siendo asimismo indiferente el sexo del sujeto pasivo. La reforma operada por LO 15/2003 amplió el tipo cualificado, haciéndose eco de la opinión doctrinal y jurisprudencial, que asimilaba a la introducción de objetos, los *miembros corporales*⁵⁶, incluyendo la introducción de dedos.

Por ejemplo, se han interpretado como *objetos*⁵⁷, a efectos de la cualificación los palos, cuellos de botellas, empuñaduras de paraguas, cañón de escopeta o pistola; un vibrador⁵⁸, o los dedos⁵⁹.

54 En opinión de ROXIN, el *autor* es la figura central en la realización de la conducta delictiva y distingue tres conceptos de autor, según la estructura de los correspondientes tipos delictivos. La mayor parte de los delitos dolosos son de dominio, en los que la figura central es el que tiene el dominio del hecho. En ellos, pues, se acepta el concepto finalista de autor. En los delitos que suponen la infracción de un deber –delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, delitos imprudentes, delitos de comisión por omisión– autor es todo el que estaba sujeto a ese deber, cualquiera que hubiese sido su forma de contribución a la comisión del delito. Por último, en los delitos de propia mano, autor es sólo el que realiza personalmente la acción típica, pues sólo él puede realizar el desvalor ético-social de la conducta delictiva. Véase ROXIN, Claus, *Täterschaft*, op. cit., pp. 335 ss.; 352 ss.; 399 ss.; 458 ss.; 527 ss., y 707.

55 SAP Girona, 13 julio 1999 (ARP 1999/4864)

56 Por *miembros corporales*, debe entenderse partes del cuerpo como manos, dedos o lengua. Es preciso subrayar que hasta la reforma de 2003 la introducción de miembros corporales sólo podía dar lugar a la apreciación del tipo básico de agresiones, como venía declarando la jurisprudencia (STS, 5 abril 2000), vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, "El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual", op. cit., p. (n. 17).

57 La jurisprudencia ha entendido como *objetos*, "los cuerpos sólidos semejantes en tamaño y forma al órgano genital masculino del que tratan de ser un sustitutivo sin que quepa descartar el uso de instrumentos a los que el sujeto activo atribuya un significado sexual" [vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995, p.103; LAMARCA PÉREZ, Carmen, "El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual", en *La Ley Penal*, núm. 35, Sección Estudios, Febrero 2007, Editorial La Ley (La Ley 1/2007), p. 3 (n. 16)].

58 SAP Girona, 13 julio 1999 (ARP 1999/4864): introducir un *vibrador* con preservativo por el ano.

59 SAP La Rioja, 1 marzo 2010 (LL 30757/2010), "aprovechando el ambiente de miedo creado por la violencia ejercida, le introdujo los *dedos* en la vagina, sin su consentimiento".

3.3. Otros tipos cualificados.

En segundo término, se prevé la agravación de la *pena de prisión* correspondiente en su *mitad superior*, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

3.3.1.- Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación⁶⁰ de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

La redacción de esta nueva circunstancia obedece, sin lugar a dudas, a los recientes acontecimientos sucedidos en nuestro país, en el caso *Mari Luz*⁶¹, donde se suscitó una enorme alarma social sobre la propia eficacia del sistema penal. En el mismo sentido, la necesidad de esta agravación viene corroborada por lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, donde se subraya "la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito".

3.3.2.- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Esta cualificación puede asimilarse a la circunstancia genérica de abuso de superioridad, que deviene inaplicable con los abusos por la propia configuración de éstos. En líneas generales, el *fundamento* de la agravación reside en el *mayor desvalor de acción y resultado* que supone la actuación plural de los sujetos, con un mayor componente de intimidación, colocando a la víctima en una situación de mayor indefensión.

60 "Ciertamente, el término 'situación' (referido al número 3º del artículo 180 CP) tiene el carácter de cláusula de cierre que exige una interpretación restrictiva que debe tomar como parámetro interpretativo el que se deriva de las otras dos causas de vulnerabilidad: la edad y la enfermedad" (STS, 23 de noviembre 2005, FJ 2º, LL 153/2006).

61 Con el nombre de "Caso Mari Luz", se alude a un suceso acaecido en España, relacionado con el presunto asesinato de la niña onubense, Mari Luz Cortés, de 5 años de edad, ocurrido el 13 de enero de 2008. Su presunto asesino, Santiago del Valle, tenía una condena pendiente por pederastia, pero a causa de una cadena de errores judiciales estaba en libertad. El citado episodio provocó una gran alarma social, abriéndose el debate en torno a la necesidad o no de introducir la cadena perpetua para los casos de delitos de abusos sexuales con menores. En detalle, vid. www.elpais.es

La agravación exige una actuación "concertada" por parte de los sujetos, en número de dos o más⁶², siendo indiferente que los intervinientes realicen todos y cada uno de los elementos típicos de la agresión sexual, bastando que al menos ejecuten algunos de los actos periféricos del tipo (por ejemplo, unos sujetan a la víctima, mientras otros la penetran).

La aplicación de esta cualificación deviene incompatible con las agravantes genéricas de *abuso de superioridad* y con la *alevosía*. Con respecto al *abuso de superioridad*, porque concuerda en lo relativo al auxilio de terceras personas de cara al debilitamiento de la defensa de la víctima⁶³. Finalmente, se afirma su incompatibilidad con la *alevosía*, al coincidir su fundamento material con la agravación de la "actuación conjunta" de dos o más sujetos, vulnerándose con ello el principio "ne bis in idem"⁶⁴.

3.3.3.- Cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta agravación encaja adecuadamente con la propia modalidad comisiva del delito de agresión sexual, donde están presentes la violencia o la intimidación, y vienen referidos a los medios empleados para perpetrar la agresión sexual (violencia o intimidación), y no a la clase de conducta. Respecto al delito de abusos, el *fundamento* de la agravación reside en el *mayor contenido de injusto*, que supone el trato vejatorio y degradante, que lesiona la dignidad de la víctima⁶⁵.

Por ejemplo, el acusado fuerza mediante la intimidación una felación y la penetración anal de sus víctimas⁶⁶; colocar una barra antirrobo entre las piernas de la mujer, mientras se le arrancaban pelos del pubis⁶⁷.

62 Así, la STS, 24 noviembre 2009 (Tol 1.747.837) condena a los tres acusados por tres delitos de violación, en el subtipo agravado de comisión de los hechos por *dos o más sujetos*.

63 Véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., n. 30, p. 32.

64 En este sentido ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., n. 31, p. 32.

65 De esta opinión, pero con relación a los delitos de agresión sexual, vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 17; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios*, op. cit., p. 887.

66 STS, 9 octubre 2009 (LL 496269). En el mismo sentido, véase SAP Barcelona, Sección 6ª, 18 marzo 2010 (Crimen del "Bellvitge" (LL 21010/2010).

67 STS, 23 marzo 1999 (LL 6186/1999).

Evidentemente, esta agravación impide la concurrencia del delito contra la integridad moral, por vulneración del principio "ne bis in idem", aplicándose sólo el artículo 183.3 c), quedando absorbido el atentado contra la integridad moral en este último (principio de consunción)⁶⁸. Asimismo, resulta incompatible con la circunstancia agravante de *alevosía*, caso de que la violencia o intimidación ejercidas en la agresión sexual revistan un carácter degradante o vejatorio, quedando aquélla absorbida en el tipo cualificado⁶⁹.

No obstante, un sector de la doctrina ha criticado, con razón, los inconvenientes de su aplicación, cifrada en la dificultad de "someter a criterios claros y preestablecidos" ese carácter degradante o vejatorio con relación a los actos de violencia o intimidación⁷⁰.

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

Conviene comenzar criticando la desafortunada redacción de esta circunstancia, tanto por evocar un derecho penal con tintes moralizantes, incompatible con el nuevo Derecho penal sexual, como por suscitar innumerables problemas de aplicación en la práctica.

En líneas generales, podría afirmarse que el *fundamento* de esta cualificación reside tanto en la *disminución de las posibilidades de defensa* de la víctima, como en el *prevalimiento* de la superioridad o el parentesco por parte del autor. Tales consideraciones hacen incompatible su aplicación junto a las circunstancias genéricas de *abuso de superioridad y abuso de confianza*⁷¹.

68 Algún sector de la doctrina ha estimado, si bien con relación al artículo 180 CP, que en esta cualificación "se integra el desvalor contenido en el 173, puesto que, en realidad, de forma podríamos decir colateral, se tutela también la dignidad e integridad moral del sujeto pasivo junto a su libertad sexual, en la medida en que éste es tratado como un objeto por el agresor y en que aquélla, la libertad sexual, en tanto que aspecto de la libertad, y la dignidad van estrechamente entrelazadas" (ORTS7SUÁREZ MIRA, en Los delitos contra la libertad e indemnidad, p. 109).

69 En este sentido, ha destacado DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, que el solapamiento entre la Agravante de ensañamiento y el artículo 173 "... es absoluto: sea cual sea la idea que se tenga de "tratos degradantes" o "menoscabo de la integridad moral", el ensañamiento será una especie de dicho género", en RDPP 2000, p. 61 ss.

70 CANCIO MELIÁ, Manuel, LL 1996, p. 1629, citado por ALCÁCER GUIRAO, Rafael, en *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 15 y ss.

71 Así lo ha entendido, acertadamente, ALCÁCER GUIRAO Rafael, en *Delitos contra la libertad sexual*, op.cit., p. 66.

En primer lugar, con respecto a las *agresiones sexuales*, resulta difícil encajar el prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, dada la propia dinámica comisiva de aquéllas, caracterizadas por el empleo de la violencia o la intimidación.

Desde una perspectiva político-criminal, resulta totalmente censurable la agravación de la pena en virtud de la relación de *parentesco*, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima, castigándose por la culpabilidad del autor, y no por el hecho efectivamente cometido. Es más, el incremento punitivo podía haberse solucionado a través de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP. En aras de soslayar estas disfunciones, el propio legislador condiciona la agravación, no sólo a la existencia de una relación de parentesco, sino que se exige el *prevalimiento* por parte del sujeto.

Sin embargo, y con relación al delito de *abusos sexuales*, la concurrencia de esta circunstancia muestra una mayor coherencia, sobre todo teniendo en cuenta la dinámica comisiva de los abusos sexuales y la *relación de prevalimiento*.

En segundo lugar, cabe asimismo criticar la amplitud de la redacción, por otra parte incompleta, al haber omitido la situación de matrimonio o relación análoga de afectividad, donde también pudieren sucederse estas conductas.

Finalmente, tratando de mitigar los inconvenientes subrayados, un sector de la doctrina, ha propuesto con excelente criterio, un *fundamento mixto*, para justificar la agravación de la pena, basado en el mayor daño psíquico que conlleva generalmente para la víctima una agresión sexual protagonizada por un miembro del entorno familiar o asimilados⁷².

3.3.5.- Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

Esta nueva cualificación, desconocida en las regulaciones anteriores, configura el tipo como un *delito cualificado de peligro*, protegiéndose además de la indemnidad sexual, la vida del menor⁷³.

72 ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 69 ss., con detalle, vid. nota 91.

73 El legislador alemán agrupar los delitos sexuales bajo la rúbrica de "Delitos contra la determinación sexual", teniendo como denominador común la acción sexual, protegiendo los diversos delitos sexuales diferentes bienes jurídicos. En aras de su configuración, los delitos sexuales se configuran como delitos de peligro abstracto ("*abstrakte Gefährdungsdelikte*"), ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch*, 2. Auflage, Gieseking, Bielefeld, , 2009, p. 297.

Conforme con ello, el autor debe actuar conociendo que con su conducta ha puesto en peligro la vida del menor, con circunstancias idóneas para ello, de lo que se deduce que nos hallamos ante un tipo *doloso*⁷⁴.

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

La introducción de esta nueva cualificación obedece a la obligación de armonizar el ordenamiento español con la normativa europea, dado que el artículo 5 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa⁷⁵, establece como sanciones y circunstancias agravantes, “que la infracción se haya cometido en el marco de una *organización delictiva* según la definición de la Acción Común 98/733/JAI⁷⁶, cualquiera que sea el grado de sanción contemplada en la misma.

El artículo 1 de la citada Acción Común 98/733/JAI, entiende por “*organización delictiva*”, una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años como mínimo o con una pena aún más severa; con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o una medida de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

A diferencia de otras tipologías delictivas,⁷⁷ la actual cualificación no exige que el culpable *pertenezca* a una organización, sino que es suficiente que aquél *se sirva* de la organización sin pertenecer a ella.

⁷⁴ Por consiguiente, y atendiendo al sistema de “*numerus clausus*” para la imprudencia (artículo 12 CP), las puestas en peligro imprudentes serán atípicas.

⁷⁵ En detalle, vid. Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 diciembre 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Diario Oficial de la Unión Europea) L 13/44 de 20 de enero 2004.

⁷⁶ Acción Común de 21 diciembre 98, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

⁷⁷ Por ejemplo, delitos relativos a la prostitución; artículo 187.3 CP (“La pena se agrava cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación incluso de carácter transitorio); tráfico de drogas.

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

El fundamento de esta agravación se basa en la mayor confianza que los referidos sujetos pueden proyectar sobre menores de edad (...), facilitando su atracción⁷⁸, sancionando la conducta además de con la pena de prisión en su mitad superior, con la de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Conforme con ello, si bien referido a la circunstancia genérica del artículo 22.7ª CP, el incremento de pena pueda fundarse en el abuso en el plano moral, utilizado en beneficio particular por el delincuente⁷⁹. La aplicación de esta circunstancia requiere la concurrencia de dos *elementos*; el primero, que la condición de funcionario sea real y, el segundo, que esa condición se ponga a servicio del propósito criminal⁸⁰. Su ámbito de aplicación abarca a quienes se presentan ante su víctima en su cualidad de agentes de la autoridad, aprovechándose de ese carácter para realizar con mayor facilidad el delito⁸¹.

Por vulnerar el principio “*ne bis in idem*”, esta cualificación resulta incompatible en su aplicación con la circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 22.7ª CP.

4.- El llamado “*Child grooming*”⁸².

El desarrollo de la sociedad del bienestar ha derivado en la extensa utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación (Internet), no siempre con fines lícitos, sino con propósitos sexuales sobre menores⁸³.

⁷⁸ Así lo han entendido con respecto a los delitos de prostitución ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad*, op. cit., p. 225; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios*, p. 282.

⁷⁹ En este sentido se ha pronunciado la STS, 23 noviembre 2005 (Tol 795.510).

⁸⁰ STS, 28 febrero 2003 (Tol 265.686).

⁸¹ STS, 22 junio 2004.

⁸² El “*grooming*” de niños por Internet (o simplemente “*grooming*”) es un nuevo tipo de problema relativo a la seguridad de los menores en Internet, consistente en acciones deliberadas por parte de un adulto (o varios), de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor, o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos.

⁸³ En su Informe “*Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*”, el Comité del Consejo de Europa para la Convención sobre Cibercriminalidad se ocupó de

Ha sido precisamente este fenómeno, el que ha evidenciado la necesidad de perseguir y castigar penalmente las conductas en las que una persona adulta *abusa* de la confianza de un menor, con el objetivo de concertar un encuentro de carácter sexual.

Haciéndose eco de tal necesidad, el legislador a tenor de la LO 5/2010, introdujo en el Código penal de 1995 el artículo 183 bis, que contiene el siguiente tenor literal:

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

4.1. Sujetos.

Como denominador común con los delitos de abusos y agresiones sexuales regulados en el artículo 183 CP, el delito llamado “Child grooming” se configura como un tipo común, pudiendo ser cometido por cualquier sujeto, tanto hombre como mujer, si bien es preciso que el sujeto pasivo sea menor de trece años.

4.2. Conducta.

La conducta típica gira en torno a la acción nuclear de “contactar” y “proponer concertar” un *encuentro de carácter sexual* con un menor de trece años, a través de internet o de cualquier otra tecnología de la información

los temas emergentes de violencia contra niños por medio de las nuevas tecnologías, con particular énfasis en el *grooming* tanto a través de Internet como de telefonía móvil. El tema de la pornografía infantil por Internet está cubierto en el artículo 9 de la citada Convención. Algunos países ya han acogido el “grooming” como delito en sus legislaciones. Valga de cita, el caso de Alemania, donde se prohíbe ejercer influencia sobre un/a menor, por medio de la exhibición de pornografía o por conversaciones en el mismo sentido. En España, la Ley 5/2010, tipifica por vez primera el “grooming” entre los tipos de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales.

y la comunicación. En líneas generales, se entiende por “contactar”, “establecer contacto o comunicación con alguien”⁸⁴; y por “proponer”, “manifestar con razones algo para conocimiento de alguien o para inducirle a adoptarlo”; finalmente, “determinar o hacer propósito de ejecutar o no algo”⁸⁵.

Por lo tanto, la acción nuclear consiste en hacer surgir en otro la idea de mantener un contacto sexual con un tercero, sobre algunas de las conductas contenidas en los artículos 178 a 183 y 189 CP (agresiones sexuales; abusos sexuales; delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores).

En principio, el legislador extiende la punibilidad a la mera “toma de contacto” en Internet, a través de los *Chats*, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, con pretensiones de carácter sexual⁸⁶, exigiéndose, además que tal oferta vaya acompañada de *actos materiales* encaminados al acercamiento.

El precepto merece una valoración crítica tanto por exceso, como por defecto. Por exceso, porque se trataría de una disposición extensiva de la punibilidad.

Por defecto, en primer lugar, al quedar fuera del tipo los contactos realizados a través de otros medios ajenos a la tecnología de la información y la comunicación (por ejemplo, a través de una carta, o un anuncio en un periódico) En segundo término, llama poderosamente la atención que el legislador circunscriba los actos sexuales a los delitos contenidos en los artículos 178 a 183 CP, y 189 CP, despreciando por ejemplo, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Asimismo, debe objetarse una

⁸⁴ Véase Diccionario Real Academia Española de la Lengua.

⁸⁵ Véase Diccionario Real Academia Española de la Lengua.

⁸⁶ En este sentido, el Código penal alemán, en el § 176. Nr 3 StGB, extiende la penalidad del abuso sexual con menores, a los meros actos preparatorios (desde la ley de reforma de 2004). El fondo es la *toma de contacto en Internet*, por parte de adultos –con frecuencia bajo la norma, incluso un niño con otro niño–, en el conocido Chat. El precepto también abarca la base de datos, siendo asimismo posible el procedimiento penal en esta fase. Bajo estas actuaciones se puede comprender también una actuación sin significado sexual. La referencia al “hecho sexual” sólo se establecerá a través de la intención del autor, que en la supuesta toma de contacto de niño a niño quiera aprovecharse de los posteriores fines sexuales. Asimismo, es sistemáticamente discutible el aumento del marco penal desde una pena privativa de libertad, de 3 meses como mínimo. Pues las acciones sin contacto corporal descritas son típicamente menos graves que tales con contacto corporal, y se corresponden con un delito de bagatela, como por ejemplo, la mera divulgación de una representación pornográfica (KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch*, op. cit., p. 671).

redacción tan vaga e imprecisa, en la que nada se dice sobre el contenido de los actos materiales dirigidos al acercamiento. A mi modo de ver, la nueva tipificación no resulta afortunada, castigándose unos meros *actos preparatorios*, que constituyen la normal antesala del abuso sexual, con un excesivo adelantamiento de las barreras de punición, elevándose a la categoría de delito la mera "toma de contacto" en internet por parte de adultos sobre niños. Esta redacción resulta, además, *peligrosa*, al hacer depender la tipicidad de la *intención* con que opere el sujeto, extremo de difícil o imposible prueba, surgiendo innumerables problemas en la práctica, contrarios al principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la consumación, será necesario que se haga tomar al sujeto pasivo la resolución de complacer a un tercero, con una finalidad sexual, y que se hayan iniciado los actos materiales.

Si además de la toma de contacto por internet con tales fines sexuales, se hubiesen producido otros atentados a la indemnidad sexual del menor, el legislador prevé expresamente la técnica del *concurso ideal de delitos (sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos)*.

Finalmente, el artículo 183 bis in fine, castiga con las penas en su mitad superior *cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*. El fundamento de esta agravación reside en el mayor desvalor de injusto que suponen el empleo de la violencia o la intimidación o engaño, a efectos de conseguir el acercamiento.

4.3. Tipo subjetivo.

Obvio es decir que nos encontramos ante un delito *doloso*, que abarca tanto el conocimiento del autor sobre la finalidad sexual del encuentro y la edad de la víctima, como la voluntad de ejecutarlo. En el caso en que el sujeto activo actúe bajo un *error* que incida en los elementos del tipo (edad) recibirá el tratamiento del error de tipo (artículo 14 CP).

IV.- CONCLUSIONES.

En líneas generales, la nueva regulación de los delitos de abusos sexuales a menores de trece años invita a reflexionar en voz alta sobre los múltiples inconvenientes que la citada reforma conlleva.

En primer término, cabe cuestionar el fundamento de la *exasperación de la respuesta penal* en el ámbito de los delitos sexuales⁸⁷, cuando se realicen sobre víctimas adultas. Téngase en cuenta que, si el objetivo de la reforma radica en otorgar una mayor protección a los menores, por ser sujetos más vulnerables "para ser víctimas de comportamientos delictivos" (...) al tener "mayores dificultades (...) para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos", no se entiende muy bien, que la pena se agrave *en cualquier caso*, ante las agresiones sexuales sobre adultos (artículo 178 CP). A mi modo de ver, hubiese sido suficiente tipificar una *modalidad agravada* cuando el atentado sexual se perpetrara sobre sujeto menor de trece años.

En segundo lugar, con relación al delito de abusos sexuales sobre menores de trece años, cabe objetar su *desafortunada redacción legal*, dado que el legislador debería haber empleado la expresión "de trece años o menos", para referirse a los menores. Esta deficiencia técnica es, asimismo, extrapolable al nuevo delito denominado "*Child grooming*", cuya redacción vaga e imprecisa resulta contraria al principio de taxatividad. Y lo que es aún más grave, se deriva una ulterior consecuencia más perversa, cual es el hacer depender la tipicidad de la *intención* con que opere el sujeto, extremo de difícil o imposible prueba, vulnerando el principio de seguridad jurídica.

A mi modo de ver, la nueva tipificación no resulta afortunada, castigándose unos meros *actos preparatorios*, que constituyen la normal antesala del abuso sexual, con un excesivo adelantamiento de las barreras de punición, elevándose a la categoría de delito la mera "toma de contacto" en internet por parte de adultos sobre niños.

En tercer lugar, los atentados sexuales perpetrados sobre *incapaces* no son objeto de especial atención, lo que resulta criticable doblemente. De un lado, se trata de un colectivo especialmente vulnerable y desprotegido. Y, de otro, recientes acontecimientos ocurridos en nuestro país (caso *Sandra Palov*), suscitaron igualmente una elevada alarma social, despreciada por el legislador.

En cuarto lugar, se rompe con la *estructura técnica* de las diversas infracciones sexuales, cuya distinción se había cifrado en la modalidad de ataque

⁸⁷ El incremento del marco penal desde los 4 a los 5 años obedece a la armonización de la normativa europea en nuestro Derecho interno, y obedece a la necesidad de cumplir la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 (en cuyo art. 5.2 (LA LEY 12140/2003) se establece la cifra de los cinco años de prisión como límite mínimo del marco máximo de la sanción penal en este tipo de delitos). En detalle, vid. MESTRE DELGADO, Esteban, "Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal", en La Ley Penal, n° 61, Sección Estudios, Junio 2009, p.5 (laleydigital.laley.es, 12052/2009).

a la libertad e indemnidad sexuales (violencia o intimidación) distinguiendo entre agresiones sexuales y abusos, criterio desconocido por el legislador de 2010. De igual modo, los tipos cualificados de agresiones y abusos sexuales reciben un tratamiento penológico distinto, caso de concurrir dos o más circunstancias, aspecto soslayado en el artículo 183 CP.

A modo de conclusión, los defectos referidos y las sucesivas reformas acontecidas en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de un lado, y la ausencia de motivación técnica suficiente para la exasperación punitiva, de otro, llevan a cuestionarnos la coherencia del modelo político criminal de nuestro Código penal, que ojalá no llegue a ser sólo "Derecho penal simbólico".

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- ARTZ/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch*, 2. Auflage, Giesecking, Bielefeld, , 2009.
- ASÚA BATARRITA, Adela, "Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico", en *Análisis del Código penal desde la perspectiva del género*, Vitoria, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Anotaciones a la reforma del Código penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual", en *Cursos del Centro de Estudios Judiciales*, núm. 3, *Psiquiatría Forense*, Madrid, 1990.
- BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, JCB Mohr (Paul Siebeck); Tübingen, 1906 (reimpresión en Scientia Verlag, Aalen, 1965)
- BERTOLINO, Marta, "Commento all `artl. 521 CP", en CRESPI/Stella/ZUCALLA, *Comentario al Codice penale*, Pádova, 1986.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual" (artículo 185 CP), en VVAA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código penal español", en *Ad-Hoc, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, número 8ª, Buenos Aires, 1998, pp. 193-220.

- CARMONA SALGADO, Concepción, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.
- *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, Madrid, 1996.
- CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 3ª ed., Tecnos Madrid, 1985.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, "El delito de rapto", en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, pp. 392 ss.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, "Los abusos sexuales", en *Estudios Jurídicos VII*, Ministerio Fiscal, Madrid, 1997, pp. 577-579.
- CONTIERI, Enrico, "La differenza tra il delitto di atti osceni e la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza", *Annali Di Diritto e Procedura Penale*, 1936.
 - La congiunzione carnale violenta, 4ª ed., Milan, 1980.
- DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal español. Parte Especial II* (Títulos VII-XII y faltas correspondientes), Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho penal ante el sexo*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981.
 - La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.
 - "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", en *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el Código penal de 1995", *RDPP*, 2000, pp. 61 ss.
- DURÁN SECO, Isabel, "La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008 (1)", en *La Ley Penal*, núm. 63, Sección Estudios, Septiembre 2009, p.18, Editorial La Ley (La Ley 13618/2009).
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, Verlag Beck München, 2010.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "La mujer y el Código penal español" y "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria", en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Dir.: Conde Pumpido-Ferreiro), Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982.
 - "Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995", en *CPC*, núm. 59, Madrid, 1996.

- HÖRNLE, Tatjana, "Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie", NJW 2008, pp. 3521-3529.
 - "Das Verbot des Geschwisterinzeß-Verfassungsgewerliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik", NJW 2008, pp. 2085-2088.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2010.
- LACKNER, Kart, Ponencia presentada al 47. *Deutscher Juristentag*, en "Empfehlit es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Verlag CH Beck, 1968, p. 36 y pp. 30-31.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, "El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual", en la *Ley Penal*, núm. 35, Sección Estudios, Febrero 2007, Editorial La Ley (La Ley 1/2007).
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, "La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores", en Congreso de Derecho Penal y Procesal, Sevilla, 1998.
- MESTRE DELGADO, Esteban, "Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal", en *La Ley Penal*, n° 61, Sección Estudios, Junio 2009, p.5 (laleydigital.laley.es, 12052/2009).
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la Lo 15/2003, de 25 de noviembre)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORALES PRATS, Fermín/GARCÍA ALBERO, Ramón (Ed. QUINTERO OLIVARES), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
 - *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 3^a ed., Aranzadi, Pamplina, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 320.
 - *Derecho Penal. Parte Especial*, 17^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- ORTS BERENQUER, Enrique/SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- PUERTA LUIS, Luis Román, "El delito de agresión sexual en el nuevo Código penal", en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VII, Madrid, 1997, pp. 541-557.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 8^a ed., Madrid, 1989.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a ed., Hamburg, 2000.
 - "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?", en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitima-*

- ción del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Roland Hefendehl, ed.), Marcial Pons; Madrid, 2007, pp. 443-458.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José M., "Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental", *CPC* núm 61, 1997, pp. 93-126.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel Agustín, *Los delitos de rapto en el Código penal español*, Universidad de Granada, 1977.