

## Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales

Esteban Pérez Alonso

Universidad de Granada

### **Abstract\***

*En este trabajo se analiza el concepto de abuso sexual que es elemento común de los delitos de abusos sexuales a mayores y menores de edad de consentimiento sexual (dieciséis años), y que resulta difícil de determinar por su componente valorativo. Por ello resulta imprescindible analizar la jurisprudencia aportada por el Tribunal Supremo para dotar de contenido material este concepto. Al mismo tiempo se presta especial atención a la delimitación por abajo de estos delitos, analizando los criterios judiciales que permiten establecer el límite mínimo del delito de abusos sexuales frente a aquellos actos que no deben tener tal consideración y que tradicionalmente se resolvían por vía de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP. Pero, tras la derogación de las faltas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se hace necesario analizar si el nuevo delito de coacciones leves del art. 172.3 CP puede cubrir el ámbito de aplicación de la derogada falta, así como resolver también los problemas de sucesión de leyes penales que está ocasionando dicha derogación.*

*Ziel dieses Beitrags ist es, das Konzept des sexuellen Missbrauchs umfassend zu analysieren, welches das gemeinsame Element der Verbrechen des sexuellen Missbrauchs sowohl von Erwachsenen als auch von Minderjährigen (16 Jahre ist das relevante Alter in Bezug auf sexuelle Einwilligung) ist. Wegen seiner valorativen Dimension lässt sich dieses Konzept schwer bestimmen. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, die vom spanischen Obersten Gerichtshof formulierte Rechtsprechung zu analysieren, um den Inhalt dieses Konzepts zu bestimmen. Dabei muss besondere Aufmerksamkeit auf die Mindestschwelle dieser Verbrechen geschenkt werden; dafür werden die gerichtlichen Kriterien analysiert, die sich mit der Bestimmung dieser Mindestgrenze beschäftigt, so dass das Verbrechen des sexuellen Missbrauchs von anderen Handlungen, die nicht darunter fallen, differenziert werden darf. In der Vergangenheit wurden Letztere in der Regel als Straftat (Übertretung) der unrechtmäßigen Belästigung des Art. 620.2 behandelt. Nach Aufhebung der geringfügigen Straftaten durch das Gesetz 1/2015, vom 30. März, wird es jedoch erforderlich zu beurteilen, ob die neue Straftat der geringfügigen Nötigung gemäß Art. 172.3 StGB den Geltungsbereich der heute außer Kraft getretenen Übertretungen abdeckt, sowie ob jene Straftat zur Lösung der Probleme der Abfolge von Strafgesetzen beiträgt.*

*The aim of this paper is to comprehensively analyse the concept of sexual abuse, which is the common element to the crimes of sexual abuse of adults and minors (sixteen years old is the relevant age in terms of sexual consent). It is a concept difficult to apprehend, due to its on subjective and ethical-based components. Therefore, it is essential to take into account the Spanish Supreme Court case law, which provides substance to the concept. At the same time, special attention must be drawn to the minimum threshold of these crimes, by analysing the judicial criteria that allow establishing the minimum limit of the crime of sexual abuse as opposed to those acts that do not have such consideration. Typically, the latter were traditionally resolved by applying the offence of unjust harassment of Article 620.2 Criminal Code. However, following the repeal of the minor offences by the L.O. 1/2015, of March 30, it becomes necessary to assess if the new offence of minor coercion under Article 172.3 Criminal Code may cover the scope of the repealed infringement, as well as to resolve the problems regarding the succession of criminal norms.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Coordinado del Plan Nacional I+D+I DER2014-56417-C3-1-P: "Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en la era de la globalización", del Ministerio de Economía y Competitividad.

*Titel:* Das Konzept des sexuellen Missbrauchs: Inhalt und Mindestgrenze der Straftat des sexuellen Missbrauchs.

*Title:* The Concept of Sexual Abuse: Content and Minimum Threshold of the Offence of "Sexual Abuse".

*Palabras clave:* Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, abusos sexuales, vejaciones injustas, coacciones leves.

*Stichworte:* Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit und sexuelle , sexueller Missbrauch, unberechtigte Belästigung, geringfügige Nötigung.

*Key words:* Crimes against sexual freedom and sexual indemnity, sexual abuse, unjust harassment, minor coercion.

## *Sumario*

- 1. Introducción.**
- 2. Modalidades típicas del delito de abusos sexuales.**
  - 2.1. Abusos sexuales a mayores de dieciséis años.**
  - 2.2. Abusos sexuales a menores de dieciséis años.**
- 3. Concepto de abuso sexual.**
  - 3.1. Atentado sexual: la naturaleza sexual del acto.**
    - a) Criterios individuales.**
    - b) Criterios generales.**
  - 3.2. Comportamiento sexual típico: el contacto corporal entre sujetos.**
  - 3.3. Componente subjetivo: la conducta lasciva y dolosa.**
- 4. Límite mínimo del delito de abuso sexual.**
  - 4.1. Antecedentes: la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la falta de vejaciones injustas.**
    - a) Fundamento de la delimitación.**
    - b) Criterios de delimitación.**
      - Criterios de carácter objetivo.
      - Criterio de carácter subjetivo.
    - c) Delimitación entre el delito de trato degradante y la falta de vejaciones injustas.**
  - 4.2. La reforma penal de la LO 1/2015.**
    - a) El delito de coacciones leves.**
    - b) La sucesión de leyes y la impunidad penal.**
- 5. Valoración final.**
- 6. Tabla de jurisprudencia**
- 7. Bibliografía**

## 1. Introducción.

La prohibición y caracterización penal de cualquier figura delictiva es algo que está socialmente condicionada, en la medida que el delito puede definirse *prima facie* como un hecho socialmente dañoso. Y es bueno que así sea en la medida que el delito también es el resultado legítimo y la plasmación legal del poder definitorio que tiene la sociedad plural en un Estado democrático. Por ello, es la sociedad la que selecciona aquellos bienes e intereses que son presupuestos necesarios para la convivencia social y que merecen ser protegidos a través del Derecho penal. Es claro que la libertad e indemnidad sexual es un derecho individual fundamental que merece protección penal, como la que otorga el Título VIII del Libro II del Código Penal español. Sin embargo, a veces, puede constatarse también que el delito es un hecho culturalmente condicionado, incluso marcado por convicciones morales, a través del cual se pretenden imponer valores y principios que afectan al fuero más íntimo de la persona, a sus convicciones y creencias personales, a su forma de ejercer libremente la sexualidad.<sup>1</sup> A veces se legisla en base a mitos y creencias populares, inspiradas y auspiciadas por movimientos ultraconservadores que responden a una estrategia de control de riesgos y de individuos y no a una verdadera protección penal de los derechos individuales de las personas. Estrategias de control y sanción que además están convenientemente difundidas por los medios de comunicación social, generando los miedos, las inseguridades y las necesidades sociales que justifican una intervención penal de este porte.

Falta entonces la legitimidad democrática y la legalidad constitucional necesaria para la instrumentalización del Derecho Penal en tal sentido, que provoca graves distorsiones valorativas e incluso de la propia realidad; sobre todo, si además este uso abusivo del Derecho Penal se lleva a cabo desde los medios de comunicación social, que promueven y favorecen una legislación de emergencia y en caliente, por no decir “ardiente”.<sup>2</sup> En el ámbito de los delitos sexuales este es el modelo de las *predator laws*, que surgieron en Estados Unidos y hace ya algún tiempo que llegaron a Europa y por ende a nuestro país, como señala RAMOS VÁZQUEZ en su excelente trabajo sobre política criminal, cultura y abuso sexual de menores.<sup>3</sup> Advierte en sus conclusiones que “por de pronto, todo esto significa, al menos dos cosas: que el discurso actual tiene un marcado contenido de moral sexual reaccionaria, en la que el sexo es poco menos que un anatema, y que hay un *plus* de interés social en controlar la variable “sexo” en la vida de nuestros jóvenes”.<sup>4</sup> Sin duda que la reforma de los delitos sexuales operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y ya antes también por la LO 5/2010, de 22 de junio, son un claro ejemplo de este modelo de legislación. Reformas que han venido auspiciadas por las directrices europeas que siguen este modelo, como la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de

---

<sup>1</sup> Vid. Díez RIPOLLÉS, «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», en Díez RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, (21), 1999, pp. 215 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, 2016.

<sup>2</sup> Como ha sucedido con la constitución de la comisión de reforma de los delitos sexuales como consecuencia directa de la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, que resolvió el polémico “caso de la manada”. Sobre esta polémica sentencia, vid. FARALDO CABANA/ALCALÁ SÁNCHEZ (dirs.), RODRÍGUEZ LÓPEZ/FUENTES LOUREIRO (coords.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018.

<sup>3</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016.

<sup>4</sup> Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 97.

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.<sup>5</sup>

Pero que el Derecho Penal sexual sea un derecho culturalmente condicionado no es un hecho nuevo, ni desde el punto de vista legislativo ni judicial. Baste con recordar cómo se pasó de los delitos contra la honestidad del viejo Código a los delitos contra la libertad sexual a través de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, hasta llegar a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el nuevo Código por obra de la LO 11/1999, de 30 de abril. También interesa destacar la propia actividad interpretativa llevada a cabo por los tribunales a la hora de determinar el sentido y alcance de los tipos penales relativos a los delitos sexuales. En este caso, referida al delito de abusos sexuales, aunque puede extenderse a las agresiones sexuales, en la medida en que hay elementos comunes a ambas modalidades delictivas, al tiempo que falta en ambos casos una definición legal del contenido y naturaleza sexual que ha de tener el acto típico de estos delitos.

Ello hace que la labor de concreción del concepto de abuso sexual sea compleja y difícil de llevar a cabo, al tiempo que necesaria e ineludible, dado que se trata de determinar el sentido y alcance del tipo penal de estos delitos. Para ello resulta de inestimable valor conocer los criterios judiciales establecidos por la jurisprudencia para dotar de contenido la conducta típica de los abusos sexuales. Pero este análisis de los elementos esenciales y comunes que configuran el atentado sexual propio de los abusos (y agresiones) sexuales tiene un objetivo ulterior, que va más allá de ello, en la medida que pretende también establecer el límite mínimo de la intervención penal en estos delitos. Hay casos equívocos, de escasa gravedad y poca significancia jurídica para alcanzar las exigencias mínimas de capacidad objetiva y potencialidad lesiva de la libertad e indemnidad sexual, que también deben ser analizados. Así, por ejemplo, las exploraciones y tratamientos médicos, actos habituales en el ejercicio de actividades deportivas, juegos y bromas, tocamientos fugaces y subrepticios de las zonas genitales. Actos que, si bien formalmente pueden ser considerados como típicos, no por ello han de tener necesariamente naturaleza sexual o la gravedad necesaria para afectar al bien jurídico. En este tipo de casos límite, pese a la aportación de criterios interpretativos interesantes y útiles por parte de la jurisprudencia, encontramos resoluciones judiciales contradictorias, que ponen de manifiesto una suerte de decisionismo judicial generador de inseguridad jurídica, indefensión y trato discriminatorio, puesto que finalmente puede comprobarse cómo casos iguales o muy similares reciben un tratamiento desigual y contradictorio, abonando el terreno de la arbitrariedad judicial.

Así, pues, en los supuestos de abusos sexuales de carácter leve o de dudoso significado sexual tradicionalmente se ha venido planteando la problemática de delimitar el delito de abusos

---

<sup>5</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, (17), 2015; PÉREZ ALONSO, «Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexualmente remuneradas con menores», *RDPC*, (17), 2017.

sexuales de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP.<sup>6</sup> Sin embargo, como es sabido, esta falta –como el resto de faltas– ha sido derogada con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015. Pero ello no es obstáculo alguno para que se siga planteando la misma problemática de delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o bien que se sigan produciendo situaciones de equívocidad sobre la naturaleza sexual del acto, es decir, que se tenga que seguir distinguiendo entre el delito de abusos sexuales y las vejaciones injustas. La derogación del art. 620.2 CP no significa necesariamente que las vejaciones injustas sean hoy impunes, como opina un sector doctrinal,<sup>7</sup> ya que tal conducta que antes de la reforma tenía la consideración de falta ahora, tras la reforma, puede entenderse que ha pasado a tener la consideración de delito leve, del nuevo delito de coacciones de carácter leve tipificado en el art. 172.3 CP.<sup>8</sup> De hecho así lo viene considerando ya la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a que la redacción y finalidad de los preceptos no son exactamente las mismas, como sucede, por ejemplo, en la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 4953). No obstante, como incluso se censura a esta sentencia por parte de otras posteriores, la aplicación del nuevo precepto plantea problemas de retroactividad en relación con la derogada falta en aquellos supuestos que fueron cometidos bajo la vigencia del art. 620.2 CP, que resultan de interés analizar también, pues parece que no se está respetando el principio de irretroactividad de la ley penal, ni el de retroactividad de la ley penal más favorable.

En definitiva, todo ello obliga a analizar los criterios judiciales de delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de aquellos actos de naturaleza sexual equívoca. Dicho de otro modo, todo ello nos lleva a establecer el límite mínimo del delito de abusos sexuales frente a los hechos que no alcanzan dicho umbral y que hoy ya no pueden ser calificados por vía de la derogada falta del art. 620.2 CP. De modo que habrá que analizar si estos supuestos se pueden calificar por vía del delito de trato degradante del art. 173.1 CP, si han pasado a engrosar el ámbito típico del delito de coacciones leves del art. 172.3 CP, analizando también los problemas de sucesión de leyes que está planteando la aplicación de este nuevo delito, o si más bien hay que abogar por su impunidad en coherencia lógica con la derogación de la falta de vejaciones injustas.

## ***2. Modalidades típicas del delito de abusos sexuales.***

La regulación vigente del delito de abusos sexuales viene marcada legalmente por una clara diferenciación en atención a la edad de consentimiento sexual de la víctima que, como es sabido, fue fijada en dieciséis años por la LO 1/2015. De este modo, si la víctima es mayor de dieciséis años los abusos sexuales se encuentran regulados en el Capítulo II del Título VIII, mientras que si es menor de dicha edad aparecen regulados junto a las agresiones sexuales en el Capítulo II Bis.

---

<sup>6</sup> Este precepto castigaba con pena de multa de diez a veinte días a “los que causaren a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”, exigiendo además la denuncia del agraviado o de su representante legal para su persecución.

<sup>7</sup> En este sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, «La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de Código Penal de 2013», *RECPC*, (16-12), 2014, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, «Eliminar las faltas tiene delito (leve)», *Diario La Ley*, (8223), 2014, p. 7; FARALDO CABANA, «Novedades en la regulación de las injurias y vejaciones injustas de carácter leve», *RADPP*, (41), 2016, pp. 3 ss.

<sup>8</sup> Este precepto señala que “fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

## 2.1. Abusos sexuales a mayores de dieciséis años.

Entre los abusos sexuales previstos en el Capítulo II cabe destacar el tipo básico y genérico de estos delitos recogido en el art. 181.1 CP, cuyo tenor literal se ha mantenido prácticamente intacto desde su introducción en el Código Penal de 1995, donde establece que *“el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”*. Por tanto, el abuso sexual se define de forma negativa por exclusión del delito más grave de agresión sexual del art. 178 CP que requiere la presencia de violencia o intimidación para llevar a cabo el atentado contra la libertad sexual. Pero en el abuso, aunque no se utilicen dichos medios comisivos falta también el consentimiento de la víctima, que no quiere mantener el contacto sexual o no quiere verse involucrada en una actividad sexual con otra persona, lo haya dicho de forma expresa o no. Por ello, el tipo básico de abuso exige que se realice *“sin que medie consentimiento”* de la víctima. Se trata por tanto de la modalidad básica de abuso sexual sin consentimiento.<sup>9</sup>

Hay otras modalidades de abuso en las que el propio Código Penal determina la falta de consentimiento por haberse producido en condiciones donde no resulta válido y por ello se tiene por no prestado. Así el art. 181.2 CP considera como abusos sexuales no consentidos *“los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”*. Y también hay otras modalidades de abuso donde existe un consentimiento viciado por parte del sujeto pasivo, donde cabe destacar tres situaciones distintas: a) el abuso por prevalimiento recogido en el art. 181.3 CP, referido a los casos en que *“el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”*; b) el abuso fraudulento previsto en el art. 182.1 CP, que castiga al que *“interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho”*; c) el abuso por confianza o autoridad introducido en la reforma de 2015 en el art. 182.1 CP y que castiga al que *“abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho”*. Por tanto, en todos estos casos, el propio Código Penal determina la falta de consentimiento, bien porque se entiende legalmente que estamos en supuestos de imposibilidad de prestar un consentimiento válido (art. 181.2 CP) o bien porque se trata de casos con consentimiento viciado (arts. 181.3 y 182.1 CP).

Hay una relación de género a especie entre estas modalidades de abusos y la prevista en el art. 181.1 CP. Esta modalidad se determina mediante un procedimiento negativo o de exclusión, de tal forma que integrarían esta modalidad básica los abusos que no pueden ser reconducidos al

---

<sup>9</sup> Así, vid. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., 2011, pp. 337 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 181; ORTS BERENQUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., 2016, pp. 217 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., 2017, pp. 204 ss.; LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., 2017, p. 180.

resto de las figuras típicas de abusos sexuales del art. 181.2 y 3 CP y del art. 182.1 CP. Con ello se quiere decir que el legislador ha otorgado la naturaleza de tipo básico y residual al abuso sexual del art. 181.1 CP, en donde no hay violencia, ni intimidación y falta también el consentimiento. Pero, a diferencia del resto de las figuras típicas de abuso más graves, que determinan cuándo falta el consentimiento o cuándo está viciado, aquí se deja abierto para aquellos casos que no encajen ni sean reconducibles a las otras modalidades típicas de abusos sexuales.<sup>10</sup>

Así que mediante este procedimiento legal de exclusión definitorio de los abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 CP los está reservando, en definitiva, para los supuestos de menor gravedad, por regla general, en los que se logra imponer una conducta sexual a quien no quiere llevarla a cabo, sin empleo de violencia ni intimidación, porque se ha realizado de forma sorpresiva o inopinada y la víctima no ha tenido la oportunidad de manifestar su opinión en contra o bien cuando no se respeta dicha opinión y se persiste en el contacto sexual que es rechazado de forma expresa o tácita por la víctima.<sup>11</sup> Así, por ejemplo, un tocamiento sorpresivo e inesperado en la zona genital de una mujer que toma el sol en la playa, un beso en la boca o pechos de dicha mujer con reiteración cuando ella lo rechaza y aparta la cara o el cuerpo, etc.

## 2.2. Abusos sexuales a menores de dieciséis años.

Este delito básico también hay que diferenciarlo del delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años del art. 183.1 CP previsto en el Capítulo II Bis, en el que la falta de consentimiento de la víctima se presume legalmente *iure et de iure*, porque se considera que los menores de dicha edad no tienen todavía libertad para decidir con la conciencia y madurez necesaria en el ámbito sexual. Por ello, se les considera incapaces para consentir y cualquier tipo de contacto sexual con ellos daría lugar a delito de abuso sexual, en la medida que los menores de dieciséis años, tras la reforma de 2015, han de quedar libres de cualquier daño de tipo sexual y lograr un adecuado desarrollo de su personalidad. Por ello, lo que se protege en este caso no es tanto la libertad sexual cuanto su indemnidad sexual.<sup>12</sup> Falta aquí también el consentimiento, como en el supuesto anterior, pero ahora se debe a la incapacidad legal para mostrarlo y a su falta de validez, considerando que el contacto sexual con un menor de edad para consentir válidamente es más grave que cualesquiera otras de las modalidades de abusos sexuales, por lo que lleva aparejada una pena considerablemente mayor.

<sup>10</sup> En este sentido, vid. BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, pp. 87 ss.; ALONSO PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, 2001, p. 77; Díez RIPOLLÉS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Díez RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, 2004, pp. 327; GARCÍA RIVAS, «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2ª ed., 2011, pp. 613, 614; GÓMEZ TOMILLO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2010, p. 722; Díaz Morgado, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY/MIR (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 678; CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Memento práctico penal*, 2017, nº marg. 9358.

<sup>11</sup> Así, vid. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 136

<sup>12</sup> Vid. al respecto, por todos, RAMÓN RIVAS, *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*, 2013, pp. 23 ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, «La reforma de los Capítulos II bis 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*, 2015, pp. 150 ss.

Así, en relación a los menores de edad podría decirse que la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal podría tener la siguiente traducción: “el legislador considera que tienen libertad sexual determinados menores, concretamente los que ya cumplieron trece años (dieciséis hoy); y que, por no poseer dicha libertad, debe protegerse la indemnidad de quienes aún no alcanzaron dicha edad. El contenido de injusto de los atentados de naturaleza sexual es, en estos últimos casos, superior, pues todo contacto sexual con ellos será necesariamente realizado, dada su incapacidad para consentir, *sin su consentimiento*, produciendo una lesión en los mismos términos que las sufridas por adultos. Además, por encontrarse en pleno período de formación y desarrollo de su personalidad, se produce una interferencia en ésta en términos en ningún caso equiparables a la posible incidencia de un atentado sexual en la personalidad del adulto. Existe, por tanto, un doble contenido de injusto que explica la mayor gravedad de la respuesta penal”,<sup>13</sup> porque se produce un contacto sexual no consentido y además se pone en peligro su formación y desarrollo personal. Aquí reside precisamente la diferencia entre los abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 CP y los abusos a menores de dieciséis años del art. 183.1 CP, en todo lo demás existe coincidencia, como pasamos a analizar.

### 3. Concepto de abuso sexual.

En efecto, el art. 181.1 CP describe la conducta típica del delito básico de abusos sexuales refiriéndose al que “*realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*”, mientras que el art. 183.1 CP, conforme a la redacción dada por la LO 5/2010, se refería también al que “*realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*”. La redacción de la conducta típica es la misma, por tanto: “*realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual*”. Se trata de una redacción abierta e indeterminada, provocadora de inseguridad jurídica, pues no ofrece una definición de abuso sexual, sino que habla de actos que atenten contra el bien jurídico, sin añadir mucho más en estas modalidades de abuso.<sup>14</sup> Dicha redacción cambia con la versión que ofrece la LO 1/2015 del abuso sexual de menores en el art. 183.1 CP, donde se refiere al que “*realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*”. La nueva redacción quizá precisa algo más la conducta típica al señalar expresamente que los actos deben tener *carácter sexual* y que se deben realizar *con un menor de dieciséis años*, aunque omite la referencia a la lesión del bien jurídico protegido.<sup>15</sup> En todo caso, la doctrina considera que se

---

<sup>13</sup> Cfr. RAMÓN RIVAS, *Minoría de edad, sexo y derecho penal*. Aranzadi, 2013, p. 193. Vid. también, PÉREZ ALONSO, *RDPC*, 2017, (17), pp. 178, 179.

<sup>14</sup> Vid. En este sentido, vid. TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., 2002, pp. 64, 65; Díez Ripollés, *Comentarios*, 2004, pp. 266 ss., 274, 275; CARMONA SALGADO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales», en COBO DEL ROSAL (coord.): *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª ed., 2005, pp. 247, 279; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, 9ª ed., 2011, p. 314; GARCÍA RIVAS, *PE*, 2011, p. 592; 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*, 2005, p. 114.

<sup>15</sup> Advierte esta omisión y la crítica SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años», en MORILLAS CUEVA (dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed., 2016, pp. 256, 257. La considera acertada, sin embargo, GARCÍA ÁLVAREZ, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, p. 150.

trata de un cambio estilístico con poca trascendencia práctica.<sup>16</sup>

Pero sigue sin definirse el concepto de abuso sexual, que queda pendiente de interpretación judicial conforme a los parámetros sociales y culturales imperantes en la actualidad en torno a la sexualidad. Por tanto, la labor de concreción y determinación del concepto de abuso sexual es ciertamente compleja y difícil de llevar a cabo, por lo que requiere de un estudio detenido, sobre todo en casos de escasa gravedad y poca significancia jurídica.<sup>17</sup> Con este propósito es necesario analizar los elementos típicos del delito de abuso sexual que resultan comunes a cualquier modalidad de abuso sexual.

Para ello se partirá de la propia exigencia típica que establece la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo para el delito de abusos sexuales, donde requiere la presencia de tres requisitos para afirmar la existencia de esta figura delictiva.

Así por ejemplo, la STS 612/2016, de 8 de julio (RJ 6538) señala que “la jurisprudencia, entiende la figura delictiva del abuso sexual integrada por tres requisitos (Cfr. SSTs 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208) y 55/2012, de 7 de febrero (RJ 2349), entre otras): a) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual. b) Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual. c) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro”.

Pese a la claridad de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el Tribunal Supremo, sin embargo, es fácil constatar que estos requisitos no siempre son respetados por la propia jurisprudencia, llegando a resoluciones contradictorias en un tema ciertamente complejo como el de la conceptualización del delito de abusos sexuales. Como se advirtió, esta falta de uniformidad judicial en los criterios interpretativos y en su aplicación al caso concreto pone de manifiesto una suerte de decisionismo judicial que genera inseguridad jurídica, indefensión y un trato discriminatorio, abonando el terreno de la arbitrariedad judicial. De este modo, la jurisprudencia abandona el concepto restrictivo de abuso sexual establecido sobre la base de los tres requisitos autoimpuestos para establecer un concepto más amplio. Expansión que lleva a considerar y castigar como abusos sexuales conductas que no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico protegido.

### 3.1. Atentado sexual: la naturaleza sexual del acto.

La conducta típica del abuso sexual, al igual que la agresión sexual, requiere de la presencia de un *atentado sexual*, es decir, de un acto que atente contra la libertad e indemnidad sexual, por lo que obliga a ponerlo en relación con el bien jurídico protegido. Debe tratarse de un acto que necesariamente afecte a la libertad de autodeterminación en el ámbito sexual de los adultos o

---

<sup>16</sup> Así, vid. TAMARIT SUMALLA, «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*, 2015, p. 427; 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*, 2ª ed., 2015, p. 608; DÍAZ MORGADO, en CORCOY/MIR (dirs.), *Comentarios*, 2015, p. 684.

<sup>17</sup> Vid. al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, pp. 266 ss.; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, pp. 194, 195.

menores con edad de consentimiento sexual, de tal forma que se imponga una conducta sexual no querida o que se involucre en un contexto sexual no consentido. En el caso de los menores de edad de consentimiento sexual la conducta debe suponer necesariamente un daño sexual al menor o bien una afección a su desarrollo personal en el contexto sexual, dada su incapacidad legal para decidir en dicho contexto. Por tanto, como describen los propios tipos penales de las agresiones y los abusos sexuales es absolutamente necesario atender o lesionar la libertad o indemnidad sexual, dando así cumplimiento al principio de ofensividad penal y al principio del bien jurídico, de modo que “siempre que se realice la conducta típica ha de lesionarse el bien jurídico protegido y –viceversa- siempre que se lesione el bien jurídico debe darse la conducta típica”.<sup>18</sup> En realidad, si bien se piensa se trata de establecer la relación objetivo-normativa propia de la imputación objetiva entre la acción típica y la lesión del bien jurídico protegido. Pese a tratarse de delitos de mera actividad, en los delitos sexuales cabe exigir también la imputación objetiva en el comportamiento típico que resulta lesivo de la libertad e indemnidad sexual, es decir, que cabe caracterizar la conducta típica como aquella acción que crea un peligro típicamente relevante de lesión para el bien jurídico.

Así, desde esta perspectiva podría partirse en principio de un concepto doctrinal de agresión y abuso sexual, según el cual sería “todo ataque a la libertad personal de otro producida en la esfera de la sexualidad, concretado en una acción lúbrica llevada a cabo mediante violencia o intimidación”,<sup>19</sup> en el caso de la agresión sexual, o sin dichos medios comisivos en el caso del abuso sexual, pero sin un consentimiento válidamente prestado. Recientemente, tras la reforma de 2015 que ha modificado la dicción del art. 183 CP para referirse a “realizar actos de carácter sexual”, SUÁREZ-MIRA/RODRÍGUEZ señala que tales actos “inclirán todas aquellas acciones idóneas para excitar o satisfacer el apetito venéreo y que por su entidad y gravedad representan un ataque al bien jurídico protegido”.<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE reconoce la dificultad y señala que en “toda esta materia se trata de problemas relacionados con la manifestación del instinto sexual”.<sup>21</sup> Aunque señala que debe exigirse además “una cierta trascendencia y gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar de un modo relevante a la sexualidad ajena. Tocamientos y apretones aprovechando las “bullas” del Metro o en espectáculos públicos, etc., no deben pasar del mero conflicto verbal entre los protagonistas cuando no tienen un significado inequívocamente sexual. Deben tenerse también en cuenta los usos y costumbres del lugar, que hacen aparecer como normales hechos verdaderamente “chocantes” en otros ámbitos y contextos diferentes”.<sup>22</sup>

La jurisprudencia también viene ofreciendo una definición de abuso bastante adecuada, destacando el carácter inequívocamente sexual del acto y la necesidad de contacto corporal entre los sujetos implicados.

---

<sup>18</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «Límites al poder punitivo del Estado (I)», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, p. 201.

<sup>19</sup> Cfr. ORTOS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA/RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 23.

<sup>20</sup> Cfr. SUÁREZ-MIRA/RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, 2015, p. 608. Destacan el acierto de esta definición, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 117; 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)*, 2015, p. 447.

<sup>21</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 195.

<sup>22</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 195.

Así, por ejemplo la STS 87/2011, de 9 de febrero (RJ 1938), donde señala que “en el caso, se trata de tocamientos en zona erógena de inequívoca significación lúbrica, que se han enmarcado correctamente por la Sala *a quo* en el concepto de abuso sexual. El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento (STS 15-10-2002 (RJ 9698))”.

Por tanto, la cuestión más importante que se plantea a la hora de caracterizar la conducta típica del delito de agresión o abuso sexual es la de determinar *la naturaleza sexual* del acto, es decir, ha de tratarse de una acción que comporte la creación de un peligro no permitido de lesión de la libertad e indemnidad sexual. Pero, ¿cuándo puede afirmarse que un comportamiento tiene tal significado normativo o naturaleza sexual?

La respuesta a esta pregunta no resulta nada fácil de precisar y resulta discutida, no existiendo un criterio general que permita su conceptualización, por lo que habrá que estar necesariamente al acto concreto realizado y a las circunstancias concurrentes en cada caso para caracterizarlo como tal.<sup>23</sup> No obstante, en lo que sí parece haber acuerdo es en la necesidad de que el acto en cuestión tenga un *inequívoco significado sexual* como criterio normativo para la determinación e imputación penal de la conducta típica que ha de resultar lesiva de la libertad e indemnidad sexual. Con este propósito la doctrina y la jurisprudencia acuden con atino a criterios individuales de carácter objetivo y subjetivo y a criterios de carácter general, que pasamos a exponer.

#### a) Criterios individuales.

Así, como se ha apuntado, hay que partir de las circunstancias del caso concreto, dado que no existe un criterio general puramente objetivo que nos permita identificar el contenido sexual en cualquier acto.<sup>24</sup> Aunque lógicamente siempre habrá actos fuera de discusión, como una penetración vaginal, anal, bucal, etc. También se suelen considerar así los supuestos en que intervengan los órganos genitales masculino o femenino, incluso los tocamientos de las partes erógenas del cuerpo, si son continuados e intensos. Existen, en efecto, una serie de *criterios objetivos* de carácter circunstancial a los que suele acudir la jurisprudencia con buen criterio para determinar la naturaleza sexual del acto, como por ejemplo atender a la zona del cuerpo afectada, la intensidad y duración de los tocamientos, los medios comisivos empleados, las circunstancias de lugar y tiempo en que se producen, las relaciones entre los sujetos, etc.

Pero, en todos los supuestos no resulta sencillo determinar la naturaleza sexual del acto, como sucede, por ejemplo, cuando solo hay algunos tocamientos superficiales y fugaces o cuando existe una situación de equivocidad sexual. Dificultad que es reconocida por la propia jurisprudencia.<sup>25</sup> En tales supuestos hay discusión y dudas para considerar de forma objetiva y

---

<sup>23</sup> Así, vid. CARMONA SALGADO, PE, 2ª ed., 2005, p. 249; BOIX REIG, *Derecho Penal. Parte Especial. V. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, 2010, p. 321; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 117.

<sup>24</sup> Vid. Díez Ripollés, *Comentarios*, 2004, pp. 266 ss.

<sup>25</sup> Como por ejemplo en la STS 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 5989).

automática que cualquier tipo de tocamiento de la zona genital o erógena pueda considerarse como abuso. Esto es lo que sucederá normalmente si el tocamiento es continuado e intenso. Pero no de forma sistemática, sino que habrá que atender al contexto y situación en la que se produce para determinar si ese acto tiene un único e inequívoco significado sexual típico o si cabe una interpretación alternativa que lo aparte del alcance del tipo penal. Piénsese, por ejemplo, en los tocamientos en caso de reconocimiento médico, en el ejercicio de actividades deportivas o de juegos, por motivo de bromas o burlas, etc.<sup>26</sup>

Por ello, también será necesario acudir a un *criterio subjetivo* de satisfacción sexual del acto para el autor a efectos de determinar el carácter sexual del mismo. Aunque no nos estamos refiriendo ahora a la necesidad de exigir como elemento subjetivo del injusto el ánimo lúbrico que tradicionalmente se ha exigido por la doctrina y la jurisprudencia, sino emplearlo como un criterio complementario en los supuestos de menor gravedad y/o de equivocidad sexual de la conducta, como tendremos ocasión de analizar.<sup>27</sup>

En realidad lo que se quiere señalar es que el componente subjetivo del acto de satisfacción sexual forma parte inherente al acto de carácter sexual y que ya está implícito, por tanto, en el propio concepto de atentado sexual del que se ha partido, donde se hablaba de *acción lúbrica*. Con ello se quiere decir que en todo atentado sexual debe estar presente una acción idónea para excitar o satisfacer el apetito venéreo o sexual objetivamente considerado y que por su entidad y gravedad represente un peligro típicamente relevante con capacidad objetiva para lesionar el bien jurídico protegido. Debe representar por ello la clara manifestación del instinto sexual y del deseo carnal del autor visto a los ojos de cualquiera,<sup>28</sup> con independencia de cual sea la vivencia subjetiva del autor, capaz de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima. Pero este criterio subjetivo implícito en el concepto de atentado sexual por sí solo no es suficiente para conformar la tipicidad de la conducta, sino que en todo caso puede ser considerado como un criterio adicional que permita determinar el significado inequívocamente sexual de la conducta.

Por ello, desde este prisma, tanta importancia tiene *la perspectiva del autor del hecho como la perspectiva de la víctima*, es decir, cómo vive y qué sentido le da al hecho en cuestión la víctima tomando como referencia lógicamente el bien jurídico protegido, es decir, si lo vive y lo siente como una interferencia en su desarrollo personal (sexual) o como una afección a su libertad sexual.

Así lo ha recogido la STS 147/2017, de 18 de marzo (RJ 1118), donde señala que lo relevante es “determinar en qué medida el hecho que resta como probado por la estimación del primero de los motivos, puede tenerse por dañoso para la sexualidad de los menores. Es decir que debemos valorar si el relato de lo en definitiva probado, interfiere en la formación de los menores en lo relativo al aspecto sexual”. Desde esta perspectiva, señala la sentencia citada, “la tipicidad se alcanza, en definitiva, cuando el autor instala a la menor en una vivencia que le proporciona a ésta sensaciones para cuyo gobierno el desarrollo de su personalidad aún no le facilita la habilidades y formación adecuadas”. Criterio que le

---

<sup>26</sup> Vid. ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 57 ss., 62 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 267; BOIX REIG, *PE*, 2010, pp. 321, 322; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 195.

<sup>27</sup> Vid. nota anterior.

<sup>28</sup> Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios*, 2015, p. 608; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 195.

permite concluir que en aquellas víctimas de tocamientos que no los identificaron como de contenido sexual, sino como actos neutrales que no vinculaban a la realización típica del abuso sexual no habría abuso, mientras que las víctimas que sí asignaron claramente un contenido sexual al acto del autor y que lo vivieron como tal, y así constó en los informes periciales, se consideró que tenían la naturaleza inequívocamente sexual típica del abuso.

En cualquier caso, estos criterios individuales de carácter subjetivo no pueden utilizarse como criterios únicos y exclusivos, sino siempre como complementarios a los criterios individuales de carácter objetivo ya expuestos y a los criterios generales que pasamos a exponer.

### **b) Criterios generales.**

En efecto, en último término hay que tener en cuenta que el significado inequívocamente sexual del acto típico que pretendemos determinar por los criterios recién expuestos, debe ser valorado y catalogado así por la sociedad en general, es decir, conforme a los parámetros sociales y culturales imperantes en la ciudadanía en la actualidad. Lo que puede traducirse como el parámetro de valoración de un *espectador imparcial y objetivo colocado ex ante en la situación relacional entre autor y víctima*. Con ello se quiere decir, como se advierte en la doctrina, “que únicamente integrará la conducta lasciva típica aquella acción que para la generalidad de los miembros de una comunidad lo sea; esto es, una acción considerada apropiada para estimular o despertar el instinto sexual o saciarlo, de producirse en un contexto de normalidad voluntariamente buscado o aceptado por los intervinientes. Por el contrario, una acción muy excitante para una persona en particular pueda quedar el margen de la tipicidad, por carecer de entidad bastante para comportar su realización, incluso con violencia o intimidación, un ataque relevante para la libertad sexual al no implicar propiamente una intromisión en la sexualidad ajena”.<sup>29</sup> Criterio que también ha sido utilizado con acierto por la jurisprudencia.

Así por ejemplo, conviene recordar la definición de abuso sexual que ofrece la STS 87/2011, de 9 de febrero (RJ 1938), citando otra más antigua, la STS 1709/2002, de 15 de octubre (RJ 9698): “El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento”.<sup>30</sup>

Todavía, a nivel objetivo, cabe tomar en consideración otro parámetro de valoración social-

<sup>29</sup> Cfr. ORTS BERENGUER /SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 58. Así también, Díez RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 279; DÍAZ MORGADO, en CORCOY/MIR (dirs.), *Comentarios*, 2015, p. 678.

<sup>30</sup> Criterio que ya venía aplicado la jurisprudencia con anterioridad, como, por ejemplo, en la STS 1619/1998, de 22 de diciembre (RJ 9812). Pero esta interpretación no es nueva, sino que cabe citar algunas sentencias ya antiguas del Tribunal Supremo en las que se recoge tal parecer. Así, la STS de 11 de junio de 1956 señalaba que para entender que se abusa deshonestamente de otra persona es necesario realizar “actos que objetivamente puedan y deban considerarse deshonestos u obscenos..., no una acción tan multívoca en sí como son unos besos en el rostro, máxime tratándose de una niña de nueve años”. La STS de 30 de abril de 1982 declara no haber lugar al recurso interpuesto por la acusación particular, afirmando, en consecuencia, la inocencia del inculpado en un caso donde el acusado simplemente se prestó a jugar al juego de las prendas con sus alumnas, y donde las chicas acordaron que la que perdiese tenía que dar un beso en la cara a alguno de los profesores, lo que fue consentido por el acusado.

general que puede ser utilizado por el espectador imparcial y objetivo para determinar el inequívoco significado sexual de la conducta a enjuiciar, referido a la lógica social-objetiva del comportamiento del autor, consistente en la búsqueda de una *explicación alternativa al suceso*. En efecto, puede afirmarse la naturaleza sexual del hecho en todos aquellos casos en los que no sea posible buscar una explicación distinta a la sexual, es decir, a la satisfacción de los instintos sexuales del autor como medio de lesión del bien jurídico protegido, mientras que se puede negar el carácter sexual típico de un hecho si tiene una explicación alternativa a la sexual. Criterio que por ejemplo está implícito en la reciente STS 244/2017, de 5 de abril (RJ 1518), donde se dice expresamente que los hechos realizados por el profesor con sus alumnos se produjeron en un contexto lúdico ajeno a todo móvil sexual, por lo que negó la existencia de abusos sexuales y trato degradante por los que acusaba el ministerio fiscal, castigando sólo por vejaciones injustas. En otras sentencias, por el contrario, se hace referencia expresa a este criterio interpretativo que puede resultar muy interesante en su aplicación lógica y racional a cada caso enjuiciado.

En este sentido, cabe destacar la STS 494/2007, de 8 de junio (RJ 5651), cuando declara que “en el hecho primero, la sentencia describe que el acusado se introdujo en el portal de un edificio y cuando vio entrar a la menor Ángeles, de 14 años de edad, procedió a tocarle las nalgas por encima de la ropa cuando aquella subía por las escaleras del inmueble, dándose la menor a la fuga.

La zona del cuerpo de la menor elegida por el autor no puede desvincularse de modo radical de conductas de naturaleza sexual. La clase de acto ejecutado revela en principio la intención orientada a la búsqueda de alguna clase de satisfacción sexual, y por lo tanto el conocimiento de que con ello se ataca a la libertad sexual de la víctima. Es cierto que caben acciones consistentes en tocamientos en las nalgas de otra persona que no están presididas por el ánimo sexual, y que por las circunstancias en las que se efectúan excluyen cualquier afectación negativa de la libertad del sujeto pasivo en ese ámbito. Pero para ello es preciso acreditar esas circunstancias excluyentes, lo que aquí no ocurre. El acusado no conocía con anterioridad a la víctima, no había tenido ninguna clase de relación con ella y la aborda aprovechando la sorpresa en un lugar donde no se encuentran en ese momento otras personas y dirige sus tocamientos directamente a zonas relacionadas con los aspectos sexuales de la intimidad del sujeto. *No existe una explicación alternativa a su conducta que pudiera excluir el ataque al bien jurídico*” y, por ello, rechaza la aplicación de la falta de vejación injusta del artículo 620.2 CP.

### 3.2. Comportamiento sexual típico: el contacto corporal entre sujetos.

Una vez delimitada la naturaleza sexual del acto, la caracterización de la conducta de riesgo típica para la libertad e indemnidad sexual requiere abordar una segunda cuestión. Se plantea ahora la problemática de determinar qué comportamientos, de entre los que tienen naturaleza sexual, pueden considerarse incluidos en el alcance tipo penal de los abusos (o agresiones) sexuales. Se discute aquí fundamentalmente si cabe exigir o no *contacto corporal* entre el sujeto activo y pasivo del delito. Dicho de otro modo, si el contenido mínimo de la conducta sexual típica requiere del tocamiento físico entre los sujetos implicados o si se rebaja o incluso se anula dicha exigencia y se amplía la ilicitud penal a situaciones en las que no se produce tal contacto físico entre autor y víctima, sino que se producen entre el sujeto pasivo y un tercero (vgr., obligar a la víctima a realizar una felación a un tercero), bien sobre el propio sujeto pasivo sin intervención de nadie más (vgr., obligar a la víctima a masturbarse en presencia del autor) o bien el sujeto pasivo contempla la conducta sexual del autor o de un tercero pero sin participar en ella (vgr., obligarle a ver cómo se masturba el autor o un tercero).

Esta cuestión ha generado división de opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque el debate se plantea de distinta manera en el caso de las agresiones sexuales que en el de los abusos sexuales. En el primer delito sí parece haber una opinión más generalizada, en atención a los medios comisivos de la agresión y a su mayor gravedad, en admitir la existencia de delito aunque no se produzca el contacto sexual entre sujeto activo y pasivo. La violencia o la intimidación, el carácter sexual inequívoco de la conducta y la gravedad o trascendencia de la misma, hacen que sea admisible el delito de agresión sexual cuando se produce entre víctima y un tercero o bien incluso cuando se produce solo sobre la propia víctima. Lo que no suele aceptarse como agresión sexual es el supuesto en que la víctima solo contempla la conducta sexual del autor o un tercero pero sin participar en ella, en la medida en que no responde a la dinámica comisiva propia de una agresión sexual.<sup>31</sup>

En el caso de los abusos sexuales la situación es más compleja, dada la amplitud de la descripción típica y la ausencia de medios comisivos en este delito.<sup>32</sup> Sin embargo, a diferencia de las agresiones sexuales donde se refiere al que “atentare contra la libertad sexual de otra persona”, en los abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 CP y en los abusos de menores de 13 años del art. 183.1 CP (conforme a la LO 5/2010) se refiere al que “realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual”, por lo que parece dar a entender la necesidad de contacto físico entre sujeto activo y pasivo, en la medida en que debe ser el sujeto activo del delito quien “realice” los actos.<sup>33</sup>

Interpretación que se ve reforzada además con la nueva redacción que se ofrece de los abusos sexuales a menores en el art. 183.1 CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, que ahora se refiere al que “realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”. Así, pues, si antes ya parecía claro que quien debía realizar los actos sexuales era el sujeto activo, ahora resulta meridiano que este debe realizarlos “con” el sujeto pasivo del delito, es decir, con menores de dieciséis años. De modo que la conducta típica exige necesariamente el contacto corporal entre

<sup>31</sup> Vid. BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, pp. 20, 26; VELÁZQUEZ BARÓN, *Las agresiones sexuales*, 2001, p. 10; ALONSO PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 33; CARMONA SALGADO, *PE*, 2ª ed., 2005, p. 247; GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios*, 2010, p. 711; DÍAZ MORGADO, en CORCOY/MIR (dirs.), *Comentarios*, 2015, p. 678; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios*, 2015, p. 610; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 131; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *PE*, 2ª ed., 2015, pp. 236, 237; CANCIO MELIÁ, *Memento práctico penal*, 2017, nº marg. 9287; LAMARCA PÉREZ, *PE*, 2017, p. 169. Entiende que debe haber contacto físico, MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 194.

<sup>32</sup> No exigen el contacto corporal, TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., 2002, p. 65; ORTS BERENGUER /SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 58, 73, 123. Tras la reforma de 2010, tampoco lo exigen, GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios*, 2010, pp. 722, 723; RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, p. 129. Esta autora tampoco lo exige tras la reforma de 2015, al igual que MORILLAS FERNÁNDEZ, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 447.

<sup>33</sup> Exigen el contacto corporal, tras la reforma de 2015, DÍAZ MORGADO, en CORCOY/MIR (dirs.), *Comentarios*, 2015, p. 678; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario*, 2015, p. 427; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *PE*, 2015, p. 245; CANCIO MELIÁ, *Memento práctico penal*, 2017, nº marg. 9405; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, pp. 123 ss. Han venido exigiendo el contacto corporal en los abusos sexuales, para ofrecer una interpretación restrictiva, ya antes de la reforma de 2010, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 275; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, 9ª ed., 2011, p. 315; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017 pp. 204, 205; SERRANO GÓMEZ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SERRANO TÁRRAGA/SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLO/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2017, p. 160.

sujeto activo y pasivo.<sup>34</sup> De este modo no se desvirtúa el sentido del texto legal, ni el alcance de otros tipos penales. Y, además, se mantiene una interpretación más rigurosa y estricta de los abusos sexuales, que han venido operando en la jurisprudencia como cajón de sastre de cualquier tipo de comportamiento sexual, sobre todo si recae sobre menores. La conjunción de las palabras Sexo y Menores ha venido operando como un resorte que automáticamente se ha considerado o equiparado al Abuso Sexual.

En esta línea, hay que reconocer que la jurisprudencia mayoritaria ha venido exigiendo la necesidad del contacto sexual entre los sujetos, que ha de recaer sobre las zonas erógenas del cuerpo, para afirmar la presencia de un abuso sexual. Ya veíamos como entre los tres requisitos necesarios exigidos por la jurisprudencia se hacía referencia al contacto físico en dos de ellos.

Así, por ejemplo, la STS 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208) exige: "a) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual. b) Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual".

Sin embargo, hay que reconocer igualmente que de forma excepcional a lo que viene siendo la exigencia de contacto corporal por parte de nuestra jurisprudencia, por el contrario, hay algunos casos en los que el Tribunal Supremo ha castigado por delito de abusos sexuales sin que haya habido contacto físico entre autor y víctima. Casos que no pueden tener la consideración de abuso sexual en sentido estricto, por no cumplir con su tenor literal típico, por muy desagradables y groseros que puedan resultar.

Como por ejemplo el caso enjuiciado por la STS 424/2017, de 13 de junio (RJ 2877), en el que el acusado "se encontraba trabajando cuando entraron las menores Crescencia y Julia, ambas de 9 años de edad a dicha fecha, momento en el que preguntó a Crescencia "cómo llevas la hernia", bajándose el vestido entonces la menor para que Pelayo pudiera verla, tras lo que éste le bajó las bragas y le dijo "todavía no tiene pelo, no puedes ser mi novia". Es claro que no hay abuso sexual en este caso, pues no se afecta a la indemnidad sexual de la menor, ni se cumple el tipo del abuso sexual, pues el acto no tiene naturaleza sexual ni existe contacto corporal entre ambos sujetos. En todo caso, podría aceptarse una falta de vejación injusta del art. 620.2 CP, por el trato desagradable y denigrante al que somete a la menor, que ve menoscabada su integridad moral, pero que hoy quedaría impune por la derogación de la falta y no poder reconducir tal comportamiento a las coacciones leves del art. 172.3 CP, por falta de un mínimo de violencia exigible para tal calificación.

En el caso enjuiciado por la STS 486/2016, de 7 de junio (RJ 2388), en el que el padre de una niña de 14 años cuando estaban solos en una habitación, "con evidente ánimo libidinoso, la bajó los pantalones y consiguió excitarse acercando su pene a la entrepierna de su hija hasta lograr eyacular sobre ella, manchando con su semen las prendas que vestía, incluida su ropa interior". Tal proceder tiene un inequívoco carácter sexual, como debe estar presente en todos los delitos sexuales, pero no hay contacto físico entre padre e hija, por lo que no cabe afirmar la presencia de un abuso sexual. Esta conducta debería haber sido calificada como corrupción de menores del art. 189.4 CP o exhibicionismo obsceno del art. 185 CP, pero no como abuso sexual. Tras la reforma de 2015 tales hechos serían constitutivos del nuevo delito previsto en el párrafo primero del art. 183 bis CP, pues con claros fines sexuales se hace

---

<sup>34</sup> En este sentido, vid. RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, pp. 123, 124; quien alega además motivos lingüísticos, sistemáticos y político criminales.

presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual.

Discutible resulta también la STS 364/2017, de 19 de mayo (RJ 2432) donde castiga por abuso sexual a un sujeto que en las fiestas de San Fermín de 2014 se aproxima a una chica que estaba sola apoyada en la pared esperando a su novio, “comenzando el acusado a acariciar el pelo de la joven, colocando las manos en su cintura, e intentando besarla, diciéndole ella “no hagas esto”, pese a lo cual mantuvo su cuerpo el acusado muy próximo al de dicha señora mientras ésta lloraba y temblaba, llamando a su novio, pronunciando el nombre del mismo, durando la situación descrita poco más de un minuto”, pues llegó el novio que resolvió la situación propinándole un fuerte puñetazo en la cara al agresor. En este caso, no hay tocamiento de las zonas genitales ni erógenas del cuerpo, sino que tan solo le toca el cabello y la cintura, mientras aproxima su cuerpo al de la mujer con intención de besarla, pero sin tocarla. Falta el requisito del contacto corporal entre autor y víctima, por lo que no cabe apreciar un delito de abuso sexual, al menos consumado, sino en todo caso en grado de tentativa.

La exigencia de contacto corporal en los abusos sexuales encuentra además apoyo legal claro y explícito en las nuevas modalidades delictivas introducidas en el ámbito de las agresiones y abusos sexuales a menores por obra de la LO 1/2015, con la que se ha querido dar cumplimiento a 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.<sup>35</sup>

En efecto, *el art. 183.2 CP* castiga en su primer inciso la agresión sexual a menores de dieciséis años con pena de cinco a diez años de prisión y a continuación, en su segundo inciso, castiga con la misma pena al que “*mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo*”. Es claro, por tanto, que a partir de la reforma de 2015 en el delito de agresiones sexuales a menores se incluyen los comportamientos que supongan un contacto corporal directo entre sujeto activo y pasivo (inciso primero del art. 183.2 CP) y además se equiparan a ellos de forma expresa las agresiones que supongan un contacto sexual con un tercero o bien sobre la propia víctima (inciso segundo del art. 183.2 CP). Por tanto, cuando el legislador ha querido equiparar y sancionar de forma expresa ambos tipos de comportamientos lo ha hecho, como ha sucedido en este caso, aunque la equiparación a efectos punitivos no resulta proporcionada.<sup>36</sup> De donde cabe inferir, en sentido contrario, que antes de la reforma no era así y que se refería solo a los supuestos de contacto corporal directo. De este modo puede deducirse igualmente en sentido contrario que como en el caso de la nueva regulación de los abusos sexuales no se ha hecho tal equiparación y se habla solo de realizar actos sexuales *con* menores es porque solo se refiere al contacto físico directo entre autor y víctima, pues el legislador ha tenido la oportunidad de establecer la misma equiparación de comportamientos que en las agresiones sexuales a menores y no lo ha considerado oportuno. Por tanto, el art. 181.1 CP y el art. 183.1 CP exigen necesaria e irremisiblemente el contacto corporal entre sujeto activo y pasivo en el comportamiento típico de los abusos sexuales. De igual modo también lo exige la agresión sexual a menores del art. 183.2,

---

<sup>35</sup> Sobre la Directiva 2011/93/UE, vid. RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, pp. 107 ss.

<sup>36</sup> Así, GARCÍA ÁLVAREZ, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, p. 155. De otra opinión, MORILLAS FERNÁNDEZ, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, pp. 449, 450; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 136.

párrafo primero CP, no así las conductas equiparadas a esta en el párrafo segundo del art. 183.2 CP.<sup>37</sup>

De hecho esta conclusión tan lógica, tanto antes como después de la reforma de 2015, también se ve corroborada por la introducción del nuevo delito del *art. 183 bis CP*, donde en parte se ve el reflejo del antiguo delito de corrupción de menores y en parte parece referirse a otros comportamientos sexuales de menor gravedad sobre menores en los que está ausente el contacto entre autor y víctima. Por lo tanto es otro claro ejemplo de que cuando el legislador ha querido castigar tales comportamientos lo ha hecho de forma expresa. Además el nuevo delito viene impuesto también por la Directiva 2011/93/UE, concretamente por su art. 3.2 y 3. Así, el art. 183 bis CP castiga ahora al que *"con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos"*, castigando con una pena más grave *"si se le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos"*. Por tanto, estos nuevos delitos evidencian también y corroboran legalmente que los delitos de abusos sexuales requieren típicamente contacto corporal entre autor y víctima, mientras que el resto de comportamientos sexuales sobre menores, de hacerles participar o presenciar comportamientos sexuales, donde no participa el autor y no hay contacto corporal con él, serían típicos del nuevo art. 183 bis CP.<sup>38</sup>

Argumentación y conclusión que también es defendida por la STS 468/2017, de 22 de junio (RJ 3674), cuando declara que *"la diferencia sustancial entre el delito de abusos sexuales del art. 183 y este nuevo tipo delictivo (art. 183 bis) ha de encontrarse en la realización típica de los hechos, puesto que el primero requiere inexcusablemente actos de contacto físico o corporal entre el autor y su víctima, mientras que en este segundo basta con que el autor haga presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque aquel no participe en ellos. La mención determinar "a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual" enturbia esta interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente, en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limite a llevar a cabo un comportamiento que no signifique realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, puesto que en ese caso la aplicación preferente sería la del art. 183 del Código Penal; y en segundo lugar, considerando que el tipo penal del art. 183 bis requiere una conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que en el abuso sexual de menores del art. 183 del Código Penal, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas lúbricas entre el autor y su víctima.*

Es decir, en el momento en que de tal comportamiento de naturaleza sexual resulte el contacto físico o corporal con el menor por parte del autor, la incardinación delictiva debe ser la del abuso sexual del art. 183 del Código Penal.

Con respecto a los actos de naturaleza sexual que se hagan presenciar al menor tienen que ser de forma directa, porque -como se ha dicho- si le exhibe una grabación o vídeo, estaríamos ante el art. 186 CP (el que por cualquier medio exhibiere material pornográfico a menores de edad), y por el contexto jurídico

---

<sup>37</sup> En este mismo sentido, vid. RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, pp. 132 ss. Vid. también, GARCÍA ÁLVAREZ, en MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, p. 154.

<sup>38</sup> En este sentido, vid. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario*, 2015, p. 428; SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *PE*, 2015, pp. 236, 258; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, pp. 142, 143; CANCIO MELIÁ, *Memento práctico penal*, 2017, nº marg. 9405. No exige el contacto, no obstante, MORILLAS FERNÁNDEZ, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 447.

que proporciona la conducta alternativa del mismo tipo (participar en un comportamiento de naturaleza sexual)”.

Sin embargo, mantiene un criterio distinto y erróneo la STS 301/2016, de 12 de abril (RJ 1230) en un caso de contacto virtual y no físico ni directo entre un sujeto y una niña de diez años con la que contacta a través de internet y la convence para que le muestre su cuerpo y haga tocamientos sobre su propia zona vaginal, al tiempo que el adulto también le muestra su cuerpo desnudo y realiza tocamientos impúdicos sobre su propio cuerpo. Conductas que no pueden considerarse en modo alguno como típicas de abuso sexual de menores de 13 años del art. 183 CP, sino que habría que calificar de otro modo, como por ejemplo corrupción de menores del art. 189.4 CP o exhibicionismo obsceno del art. 185 CP, vigentes en el momento de realización de los hechos (2013).

### 3.3. Componente subjetivo: la conducta lasciva y dolosa.

En último término, la caracterización de la conducta típica de los abusos sexuales requiere analizar el componente o tipo subjetivo de estos delitos que, como en todos los delitos sexuales, exige la presencia de dolo en la conducta del autor. Así en este caso el autor ha de tener la conciencia de estar llevando a cabo un contacto físico con una persona que tiene una naturaleza inequívocamente sexual, es decir, que toca las zonas genitales o erógenas del cuerpo del sujeto pasivo de forma intensiva y extensiva involucrándolo en una actividad sexual para obtener satisfacción sexual, sin contar con su consentimiento, bien porque no lo ha prestado, bien porque se actúa en contra del mismo o bien porque no tiene capacidad para prestarlo por ser menor de la edad de consentimiento sexual.

Así lo viene entendiendo también de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto para la agresión sexual como para el abuso sexual, como, por ejemplo, en la STS 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2756), declara que “el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico”.

En el plano subjetivo de los abusos sexuales (y también de las agresiones sexuales) se discute en la doctrina y en la jurisprudencia la necesidad o no de que concurra en el sujeto activo del delito un *ánimo libidinoso* como elemento subjetivo de estos delitos, consistente en la tendencia interna intensificada de obtener un placer y satisfacción sexual como finalidad que guía la conducta del autor.<sup>39</sup> Pese a la disparidad de criterios existentes en la jurisprudencia curiosamente es difícil encontrar una sola sentencia sobre agresiones o abusos sexuales en que no aparezca algún tipo de referencia al ánimo libidinoso, ya sea de forma expresa o a través de otros términos como acto lascivo, lúbrico, venéreo, deseo o satisfacción sexual, etc. Por tanto, es algo que quizá tiene más importancia de la que parece, con independencia del debate teórico tradicional.

---

<sup>39</sup> La mayor parte de la doctrina en la actualidad se muestra contraria a exigir un elemento subjetivo en los delitos sexuales, como por ejemplo, ORTOS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 59 ss.; VELÁZQUEZ BARÓN, *Las agresiones sexuales*, 2001, p. 9; CARMONA SALGADO, *PE*, 2ª ed., 2005, p. 250; BOIX REIG, *PE*, 2010, p. 322; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores* 2016, p. 125; MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 195. A favor, sin embargo, BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, pp. 26, 83, 88; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., 2002, p. 62; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios*, 9ª ed., 2011, p. 315; BOLDOVA PASAMAR, *REDPC*, (16-12), 2014, p. 203.

Como se ha señalado, la jurisprudencia suele incluir el ánimo libidinoso como el tercer requisito típico de los abusos sexuales: "c) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro".<sup>40</sup> Pero, inmediatamente encontramos toda una línea jurisprudencial que dice justo lo contrario, que el ánimo libidinoso no es un elemento subjetivo del injusto. Así, la STS 415/2017, de 8 de junio (RJ 2909), señala que "la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción".<sup>41</sup>

Y ello se debe posiblemente a que hoy día la discusión debe plantearse en otros términos distintos a los detractores o defensores del ánimo libidinoso en estos delitos o a que la jurisprudencia rechace o acepte sin más este elemento subjetivo del injusto. La discusión debe centrarse (y así se hace en el fondo, aunque quizá sin ser conscientes de ello) en caracterizar el atentado sexual típico de las agresiones y abusos, es decir, en determinar la naturaleza sexual del acto. Decíamos que esta es la cuestión y filtro principal para la determinación de la conducta típica: ha de tratarse de un acto que tenga una *significación inequívocamente sexual* con el que se crea un riesgo típicamente relevante de lesión de la libertad e indemnidad sexual. Lo que normalmente se va a determinar con criterios objetivos de carácter circunstancial, como la zona del cuerpo afectada, necesidad del contacto corporal, intensidad y duración de los tocamientos, medios comisivos empleados, circunstancias de lugar y tiempo, relaciones entre los sujetos, etc. Todo ello nos permitirá afirmar si estamos o no ante una acción lúbrica o lasciva mediante la cual el sujeto impone su instinto sexual y obtiene placer sexual. Podría decirse, por tanto, que el ánimo libidinoso está implícito en la acción lúbrica, pero que se cuentan con criterios objetivos de valoración imparcial como para poder afirmar la naturaleza sexual del acto. De este modo se puede afirmar que se trata de un acto de inequívoca significación sexual, donde el ánimo libidinoso palpita por sí solo, al tiempo que al contrario puede no tener trascendencia en la calificación del hecho, incluso es posible que el autor actúe por un ánimo distinto, por ejemplo, de venganza: quien golpea a una joven de quince años para penetrarla por vía vaginal en venganza por haber sido despedido del trabajo por su padre. El fin perseguido no interesa para la existencia de agresión sexual. En casos como éste, de inequívoca significación sexual, resulta ocioso averiguar si había ánimo libidinoso o de venganza. Conductas como esta solo tienen un significado posible: objetivamente se trata de un grave atentado a la libertad sexual de la persona forzada a soportar dicho acto.<sup>42</sup>

Lo mismo cabría decir de los abusos sexuales, aunque en este terreno la dificultad es mayor al no haber medios comisivos típicamente establecidos y ser de menor entidad lesiva que las agresiones sexuales. Pero, pensemos, por ejemplo, en un tocamiento continuado e intenso de los pechos y la zona genital de una mujer que está tumbada en la playa tomando el sol en topless y

---

<sup>40</sup> Vid. por ejemplo, las STSS 55/2012, de 7 de febrero (RJ 2349), 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208), 612/2016, de 8 de julio (RJ 6538), etc.

<sup>41</sup> Así también, por ejemplo, las STSS 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2756), 853/2014 de 17 de diciembre (RJ 63) y 547/2016, de 22 de junio (RJ 2821), etc.

<sup>42</sup> Así, ORTIS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 59 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, pp. 279, 280.

un sujeto se abalanza sobre ella de forma sorpresiva e inesperada; o en el padrastro de una niña de diez años que se prevale de su situación para que la niña lo masturbe, para besarle sus partes íntimas como modo de excitarse y tener una erección, etc. Nadie discutiría la existencia de un abuso sexual en tales casos, donde la connotación sexual de las conductas es inequívoca. Nada adicional aportaría averiguar o afirmar si hay o no ánimo libidinoso en tales casos. Pensemos que el primer sujeto lo hace para ganar una apuesta o que el segundo lo hace para vengarse de la madre de la niña que lo quiere abandonar. Estos casos solo tienen un significado posible, objetivamente estamos en presencia de actos que suponen la creación de un riesgo típicamente relevante capaz de causar un grave atentado a la libertad sexual de la mujer y a la indemnidad sexual de la niña, que de forma involuntaria y no consentida han tenido que soportar tales conductas de un claro e inequívoco significado sexual.<sup>43</sup>

La situación cambia, sin embargo, cuando se está en presencia de una *acción sexualmente equívoca*, porque hay dudas sobre su naturaleza sexual o lasciva. En estos casos, sí que podría tener un espacio de juego el ánimo libidinoso del autor no como elemento subjetivo del injusto sino como criterio de valoración adicional. Dicho de otro modo, en estos casos la finalidad o no de obtención de placer sexual en el autor puede ser un criterio subjetivo complementario que ayude a determinar la naturaleza sexual del acto.<sup>44</sup> Criterio que lógicamente tiene un mayor margen de actuación en el delito de abusos sexuales del tipo básico del art. 181.1 CP y en el delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años del art. 183.1 CP, que en otras modalidades de abuso y por supuesto que en las agresiones sexuales. Acciones sexualmente equívocas en las que, por tanto, se trata de establecer el límite mínimo de la intervención penal por estar en presencia de un acto sexual no consentido, pueden ser, por ejemplo, las exploraciones y tratamientos médicos, actos habituales en el ejercicio de algunas profesiones, tocamientos fugaces y subrepticios o manoseos de las zonas genitales, que si bien formalmente pueden ser considerados como contactos físicos de zonas erógenas, no por ello tiene que tener necesariamente naturaleza sexual y por ello en estos casos sí parece adecuado constatar si el autor actuó con ánimo libidinoso o no.

Esta línea interpretativa fue defendida con buen criterio por DÍEZ RIPOLLÉS cuando señalaba que “en comportamientos sexuales objetivamente equívocos será precisa además la concurrencia de un *ánimo lascivo*, consistente en la finalidad, trascendente al resultado típico, de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno, elemento subjetivo de lo injusto de intención, que va más allá de la tendencia no trascendente de colocar el suceso en un contexto sexual”.<sup>45</sup> En esta misma línea, conviene destacar el procedimiento propuesto ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ para determinar si los actos son típicos de agresión (o abuso) sexual: “1º. Debe comprobarse la naturaleza objetivamente sexual de la acción ejecutada: para ello será útil verificar la zona corporal afectada, la importancia del hecho, su intensidad, su duración, su frecuencia, el contexto en que se desarrolla, su parentesco con los patrones sexuales de la comunidad tanto mayoritarios como minoritarios, las relaciones autor-víctima, etc.

---

<sup>43</sup> Vid. nota anterior.

<sup>44</sup> En esta línea interpretativa, vid. ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 61 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 280; BOIX REIG, *PE*, 2010, p. 322.

<sup>45</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 335.

2ª. Una vez verificado lo anterior, y habiendo “depurado” aquellos actos de significación dudosa (cuya calificación en uno u otro sentido jamás debe hacerse depender de la “intención del autor”, sino de un proceso de interpretación objetivo), se procederá a analizar el ánimo del agente. Nuestra cautela al procedimiento desechado en relación con los actos dudosos encuentra fácil explicación: si su objetiva naturaleza es tan dudosa, quizá no sean muy graves ni lesivos para la libertad sexual de la víctima, y entonces faltaría un elemento valorativo de primer orden para la afirmación de la antijuridicidad, no debiendo depender ésta de una intención sólo subjetivamente salaz”.<sup>46</sup>

En definitiva, el ánimo libidinoso no debe operar como un elemento subjetivo adicional del tipo que condicione la existencia del delito, sino como un criterio ulterior de determinación de la naturaleza sexual del acto lúbrico llevado a cabo en los supuestos que comporten una situación de equivocidad sexual o que revistan una escasa gravedad. Es un criterio complementario a los objetivos y circunstanciales ya apuntados para los casos de duda sobre la connotación sexual de la conducta, pues averiguar si el autor actuó con la intención de satisfacer e imponer su instinto sexual puede ser decisivo en los casos sexualmente equívocos. Además en estos casos se trata por lo general de actos de escasa o nula gravedad para lograr la lesión del bien jurídico y donde por regla general también estará ausente el ánimo libidinoso, que en todo caso debe operar como criterio limitador del mínimo exigible para la antijuridicidad penal. Pero en ningún caso puede operar en sentido contrario, es decir, que solo por el ánimo lascivo del autor se pueda considerar como ilícito un hecho incapaz de llegar a afectar al bien jurídico. Piénsese en el pedófilo que se excita y obtiene placer sexual con solo tocar la cara de un niño, de ver a su hija pequeña desnuda, por oler una braga hurtada a la vecina, etc., incluso aunque crea en todos estos casos que con ello está atentando a la libertad e indemnidad sexual de las supuestas víctimas. Se trata de un delito putativo e irreal, donde la creencia del autor y el ánimo libidinoso del autor en nada influyen o determinan la tipicidad objetiva de la conducta, que sigue siendo atípica por falta de imputación objetiva en la acción que no tiene naturaleza inequívocamente sexual y por resultar inofensiva para el bien jurídico.

Precisamente, hay una línea jurisprudencial importante que utiliza este mismo criterio interpretativo para delimitar subjetivamente el delito de abusos sexuales de la antigua falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP. Lo que claramente entra en contradicción con la línea jurisprudencial que rechaza la exigencia de un elemento subjetivo del injusto en estos delitos, salvo que se siga el criterio apuntado de acudir al ánimo libidinoso como criterio complementario para determinar la naturaleza sexual del acto o para delimitar el delito de abusos sexuales de la derogada falta de vejaciones injustas, tal y como hace correctamente la STS 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 5989), o del nuevo delito de coacciones leves del art. 172.3 CP.

#### ***4. Límite mínimo del delito de abuso sexual.***

Como se apuntó, la determinación del límite mínimo del delito de abusos sexuales resulta absolutamente necesaria en los supuestos de abusos de escasa o nimia gravedad o de

---

<sup>46</sup> Cfr. ORTOS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 63.

equivocidad sexual, que obligan a delimitar el ámbito de lo punible y de lo impune en estos delitos. Así, en casos de abusos de carácter leve, como tocamientos en zonas erógenas de carácter fugaz, instantáneos, subrepticios, superficiales, etc., o en casos de equivocidad sexual, como tocamientos en zonas no erógenas, besos, abrazos, etc. Se trata de situaciones límite que configuran una gran zona gris donde se hace difícil afirmar la existencia de un delito de abusos sexuales. Incluso, hay casos donde también resulta difícil afirmar la existencia de una infracción menos grave, como la derogada falta de vejaciones injustas o el nuevo delito de coacciones leves, dada la equivocidad y lo difuso de la situación. Ello hace que estemos en el terreno de la ambigüedad y de la indeterminación por las propias circunstancias situacionales, que ciertamente colocan a los jueces ante una difícil tarea de concreción y de fijación de criterios interpretativos claros y practicables. Lo que provoca que situaciones idénticas o muy similares sean valoradas y tratadas de muy diferente forma, desde la más grave consideración de delito de abuso sexual, habiendo pasado por la derogada falta de vejaciones injustas o por el nuevo delito de coacciones leves hasta llevar a la absolución por falta de relevancia penal del acto. Todo ello genera, lógicamente, una situación de indefensión y de inseguridad jurídica en el justiciable poco compatible con los principios más básicos del Derecho Procesal y Penal plasmados en nuestro texto constitucional.

Por todo ello, si cabe ahora más que antes, tras la reforma de 2015, resulta necesario y obligado buscar criterios para determinar el contenido mínimo del delito de abusos sexuales, al tiempo que buscar otras figuras delictivas alternativas que pudieran resultar de aplicación en los casos menos graves, llegando, incluso, a abogar por la impunidad de tales conductas si no alcanzan los umbrales típicos de dichos delitos, tal y como han sido dotados de contenido en el punto anterior. Impunidad que hoy puede considerarse como la solución más lógica y coherente tras la derogación de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP con la reforma de 2015, dado que precisamente esta era la vía legal que se ha venido empleando históricamente para resolver este tipo de casos menos graves o de naturaleza sexual equívoca.

Por ello, resulta necesario analizar en primer término los antecedentes legales y judiciales a la situación legal actual, que pasan por la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la falta de vejaciones injustas, de la que se derivan criterios judiciales interesantes y practicables que no se pueden menospreciar en absoluto y que deben servir de guía y pauta interpretativa de la nueva regulación legal tras la reforma de 2015. De modo que dichos antecedentes deben servir, por un lado, para evitar la ampliación del ámbito de intervención del delito de abusos sexuales, dado que la derogación de la falta no puede considerarse en modo alguno como pretexto legal ni legítimo para ampliar el concepto de abuso sexual y considerar ahora como delito conductas que tradicionalmente no lo han venido siendo y a lo sumo han dado lugar a la aplicación de una falta. Y por otro lado deben cumplir una doble misión, pues deben servir para ayudar a dotar de contenido el nuevo delito de coacciones leves del art. 172.3 CP, en la medida que lo admita el alcance típico de este delito, al tiempo que deben mostrar el camino hacia la impunidad de dichos supuestos cuando no sean reconducibles ni al abuso sexual en sentido estricto ni a la coacción leve.

Impunidad a la que sin duda ha querido conducir la LO 1/2015 cuando, a diferencia de lo que ha

hecho en otros supuestos de derogación de las faltas, no ha previsto un nuevo delito de abusos sexuales leves ni de mayores ni de menores de dieciséis años. Lo que sin duda hubiera sido más necesario en este último caso que en el primero, si es que se quería apostar por la vía punitiva en estos casos de escasa gravedad o equivocidad sexual. Hay que tener presente que el art. 181.1 CP junto a la pena de prisión de uno a tres años prevé la alternativa de una pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses, que puede resultar una vía adecuada de solución para los abusos de menor gravedad. Pero, claro está, siempre que dichos abusos se consideren típicos del art. 181.1 CP, y dentro de ellos sean valorados como de menor gravedad. Pero lo que no puede admitirse en ningún caso es que se recurra al expediente ilegítimo de considerar ahora como típico del delito de abusos sexuales los supuestos que tradicionalmente se han venido considerando como falta de vejaciones injustas, por más que pudieran resultar penados más benignamente con la multa del art. 181.1 CP. Lo que, además, no dejaría de suponer una contradicción valorativa importante con los abusos de menor gravedad a menores de dieciséis años, absolutamente desproporcionada, puesto que el art. 183 CP prevé solo la pena de prisión de dos a seis años y no la de multa, al tratarse de un hecho más grave. Por ello, sin duda, la solución más lógica, coherente y proporcionada tras la reforma de 2015 pasa por considerar que con la derogación de la falta de vejaciones injustas estos hechos menos graves o equívocos son impunes.

#### **4.1. Antecedentes: la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la falta de vejaciones injustas.**

La necesidad y dificultad de delimitar el delito de abusos sexuales de la falta de vejaciones injustas no es nueva, sino que surge desde su introducción en el art. 604.5 CP-1870 frente al delito de abusos deshonestos previsto en el art. 454 CP-1870, y se ha venido manteniendo hasta la actualidad. Así, por ejemplo, la STS de 16 de diciembre de 1976, analizando las diferencias entre el delito de abusos deshonestos del art. 430 CP-1973 y de la falta del art. 585.5 CP-1973 -equivalente a la vejación injusta del art. 620.2 CP-, decía que “el delito de abusos deshonestos ataca a la honestidad de la persona, que es el bien jurídico protegido por el delito, en tanto que la falta del art. 585-5º protege la libertad contra la coacción, el constreñimiento de aquélla o el honor individual”. La sentencia estimó que no existió delito de abusos deshonestos en la acción del condenado en la instancia que se acercó por detrás a una niña de 14 años con sus facultades mentales disminuidas, tocando diversas partes del cuerpo, saliendo corriendo al gritar la niña. Obviamente, como advierte la STS 547/2016, de 22 de junio (RJ 2821), “hay que situar este texto en la época. Hoy en día, los delitos de abuso sexual, protegen la libertad sexual y la intimidad de la persona atacada, y por ello no se precisa la existencia de un ánimo lúbrico o libidinoso que actúa como guía en el sujeto de la acción, sino que más limitadamente, y como ya se ha dicho, basta que el hecho en sí mismo considerado sea o merezca el calificativo de ataque a la libertad sexual y a la intimidad del sujeto pasivo, permitiéndose la posibilidad, en atención a la levedad de los hechos que la calificación jurídica pudiera derivarse a la falta del art. 620 Cpenal”.

Hoy, en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo podemos encontrar muchos casos en los que *se ha rechazado la calificación de falta de vejaciones injustas* y se ha admitido la existencia de delito de abusos sexuales, en unos supuestos con acierto y en otros más grises, por la levedad y equivocidad de la conducta, con menos acierto.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del profesor de autoescuela que entra con una alumna en la oficina y, ya dentro, la puso contra la pared, cayendo ambos al suelo, para inmediatamente bajarle los pantalones y las bragas y desabrocharse sus pantalones a fin de masturbarse, permaneciendo así unos instantes hasta que se oyó ruido y se levantó del suelo, al igual que la víctima para abandonar el local (STS 1241/1997, de 17 de octubre (RJ 7019)); en el caso del tío carnal de una joven de 14 años que estando en la piscina la sienta encima de él sujetándola fuertemente con una mano, hasta el punto que le hizo sentir su miembro viril, mientras con la otra mano acariciaba el interior del muslo subiéndola hacia la zona vaginal; en otra ocasión en casa de la joven ya con 16 años entró en su habitación, cuando estaba enferma, y le tocó los pechos por encima de la ropa (STS 126/2015, de 12 de mayo, RJ 1875); en otro caso, también tío y sobrina se acuestan a dormir la siesta en un colchón que había en el suelo y cuando la menor de 10 años dormía el tío aprovecha para tocarle los pechos, al tiempo que notaba el roce de los genitales del acusado contra ella (STS231/2015, de 22 de abril, RJ 1208); en otro caso, el acusado que había dado cobijo a una niña de 12 años y a su madre, que tenían problemas económicos, aprovecha que está solo en la casa para explicarle a la menor en qué consiste una masturbación e indicarle como lo hacen las mujeres, para lo que le dijo que se desnudara y le tocó la zona genital, apartando la mano inmediatamente la niña; otro día le tocó los pechos para comprobar si le habían crecido (STS 967/2013, de 19 de diciembre, RJ 2014, 315); otro caso fue el tocamiento fugaz y por encima de la ropa de los pechos de una menor de 14 años, con debilidad mental, para medírselos en un momento en que se distrajeron los padres (STS 411/2014, de 25 de mayo, RJ 2756); otro caso es el monitor de un colegio encargado de la vigilancia de los niños durante el descanso posterior a la comida que se recuesta con una niña de 3 años, bajo la manta, y le realiza tocamientos en la zona vaginal, llegando en una ocasión a desnudarla para proceder a tocarla; también consta que al menos en una ocasión también toca la zona vaginal de otra niña de 3 años (STS 415/2017, 8 de junio, RJ 2909); otro caso es el de un sujeto que se asegura de que su esposa e hija están dormidas para recostarse con una amiga de su hija y vecina de 8 años de edad, procediendo a desnudarse y, tras bajar las bragas a la niña, frotó su pene con ánimo lúbrico contra la zona vaginal y los glúteos de la menor, haciéndolo en distintas ocasiones al tiempo que sujetaba a ésta por la cintura con ambas manos (STS 171/2017, de 21 de marzo (RJ 1266)).

Del mismo modo, hoy día en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo podemos encontrar muchos casos de zonas grises de delimitación, por la levedad y equivocidad de la conducta, donde *se ha aceptado la calificación de falta de vejaciones injustas y no de delito de abusos sexuales*.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del tío que aprovecha que duerme junto a su sobrino en noche buena para tocarle por encima de la ropa los glúteos, cesando en ello cuanto entró en la habitación la madre del menor de 10 años (STS 763/2017, de 27 de noviembre, RJ 4913); el caso de un profesor de guitarra que aprovechaba sus clases en el conservatorio para, con ánimo libidinoso, realizar tocamientos y frotamientos de los genitales y glúteos, siempre por encima de la ropa, de las dos alumnas que tenía de 11 años de edad, hecho que realizada todos los días de clase durante los dos primeros trimestres del curso (STS 547/2016, de 22 de junio, RJ 2821); en otro caso el hecho probado se concreta en que el acusado cuando la perjudicada "estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble..., con ánimo lúbrico, le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose Eulalia inmediatamente e intentando darle una patada, abandonando a la carrera el acusado el lugar" (STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 4953)); el caso de un camarero que acompaña a dos niñas de 12 y 6 años a la zona de juego del local, tras haberles cambiado monedas para jugar, y "colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el futbolín, pasando la mano entre las piernas de Marta, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad" (STS 561/2017, de 13 de julio, RJ 3321); en otro caso, un profesor de clases de magia de un alumno y tres alumnas de 9 y 11 años de edad, durante dos meses y ante el éxito o fracaso de los juegos de magia que

realizaban, procedió a dar a las tres citadas menores, no al niño, repetidamente palmaditas en las nalgas lo que les produjo incomodidad por su actuación y, al menos en una ocasión, las palmaditas a una de las menores se las dio entre las bragas y las nalgas (STS 789/2013, de 21 de octubre, RJ 7116); en otro caso, de un profesor de gimnasia de un colegio, de entre los actos enjuiciados nos interesa ahora los relativos a Encarnación de 9 años de edad, que "durante la clase de gimnasia y mientras la menor jugaba al pilla-pilla, en fecha no determinada del curso escolar 2.011/2.012, tras preguntarle qué tal se lo estaba pasando y, guiado por un ánimo libidinoso, le dio un cachetazo en los glúteos, sobre la ropa, y le dijo que siguiera corriendo y no perdiera el tiempo y, cuando la menor se dio la vuelta sorprendida de su acción, el acusado se puso el dedo en los labios indicándole que se callase". Asimismo interesa los hechos recaídos sobre María Cristina, de 8 años de edad, cuando el acusado "en fecha no determinada con exactitud pero, en todo caso, entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012, le tocó los glúteos, sobre la ropa, al aproximarse la niña para solicitarle permiso para ir al cuarto de baño" (STS 837/2016, de 4 de noviembre, RJ 5369).

Incluso también ha habido algún *caso de absolución* del presunto autor de múltiples delitos de abusos sexuales, donde el Tribunal Supremo ni tan siquiera ha llegado a estimar la existencia de vejaciones injustas.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Nos referimos al caso enjuiciado por la STS 244/2017, de 5 de abril (RJ 1518), donde se declara probado que el acusado Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el Director del Colegio Salesianos de Cádiz durante los cursos escolares 2011-2012 y 2012-2013. Durante este periodo de tiempo el acusado implantó un sistema que se dio en denominar de "créditos" consistente en que los alumnos que querían faltar a alguna clase, por la razón que fuera, acudían a él para que les diese un justificante, el "crédito", que entregaban al profesor de la asignatura, de tal modo que éste les permitía salir de clase para ir al despacho del director, otras veces tales ausencias se justificaban a posteriori por el director con el "crédito" firmado que se entregaba al profesor y este quitaba la falta de asistencia. No consta que tales ausencias a clase fueran comunicadas por el centro a los padres de los menores. Ni que estas hayan afectado al rendimiento escolar de los alumnos afectados. Este "crédito" al principio no llevaba consigo contraprestación alguna por parte del alumno, o consistía en hacer algún trabajo para el director relacionado con la actividad escolar, pero poco a poco empezó a ser dado a cambio de, dependiendo de los alumnos, dejarse dar cates, pequeños golpes en el cuerpo con la mano abierta, ya fuera por encima de la ropa o directamente sobre la piel, e incluso algún puñetazo, sin que conste acreditado en ningún caso se llegara a producir algún tipo de quebranto físico en los menores, contraprestación que no se daba en todos los casos y se recibía también a cambio de otros favores que pedían los alumnos al acusado. El sistema se basaba en la máxima de que "todo vale en esta vida. Lo gratis no se aprecia" (como así se pronunció este a través de whatsapp en conversación con Luis Enrique el pasado 8/5/13 a las 23:13 h.). Esta práctica se inscribe en un *sui generis* concepto del acusado de la relación que debe existir entre el docente y el alumno, que lo llevó a tratar con una extrema confianza, como si de entre iguales se tratara, a los alumnos que acudían a su despacho, surgiendo una relación de amistad y camaradería que el acusado cultivaba y que sin duda tuvo gran acogida entre el alumnado, que acudía a su despacho, en ocasiones de manera masiva, ya durante los recreos, ya fuera del período lectivo por las tardes e incluso fines de semana, donde los menores tenían ocasión de usar el ordenador o la tablet del acusado, consumir bebidas aptas para su edad, tomar golosinas, realizar videos para concursos, trabajos o simplemente jugar entre ellos. Este ambiente propició que alguno de los alumnos llegaran a alcanzar tal grado de confianza con el acusado que, no viendo ya en él a su director sino a un amigo más, intimaran hasta el punto de comunicarse con él por whatsapp, incluso en horas intempestivas, utilizando un lenguaje vulgar e incluso a veces soez, contarle confidencias, gastar bromas como cambiarle de sitio adornos del despacho, sentarse en su sillón, acceder a páginas porno desde el ordenador e incluso, los más osados, referirse a él en su presencia o llamarlo "Gansa", "gorda" o "foca". Conducta que era consentida por el acusado, que llegó a asumir el papel de ser uno más de ellos. En esa relación entre el acusado y los menores, siempre varones, se incorporaron algunos de los juegos habituales de estos en los que el director empezó a participar, donde el contacto físico es habitual. Así practicaban entre ellos los juegos de peleas, con empujones, golpes, caídas al suelo, refriegas, etc., siempre en un contexto de diversión, dinámica en la que participaba el acusado, incluso promoviendo a través del sistema de los créditos (1 curro = 1 crédito), donde el desafío relacionado con el aguante físico en la refriega terminó siendo una constante en el caso de aquellos que entraban al envite, que incluso lo buscaban de propósito, todo ello en un contexto de diversión y juego. Algunos de los menores, entre ellos, habían ideado un juego que denominaron "goldfish" que consistía en golpear levemente y por sorpresa con la mano y siempre por encima de la ropa la zona genital del contrario, lo que este debía de tratar de evitar si tenía reflejos para ello, pudiendo llegar

### a) Fundamento de la delimitación.

Es claro que la delimitación entre delito y falta encuentra su *ratio* en la mayor o menor gravedad del hecho que inspira *el principio de proporcionalidad*, lo que se encuentra directamente vinculado también con el principio del bien jurídico y el de ofensividad penal, así como con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, por su carácter fragmentario y su naturaleza de *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Así lo viene a reconocer también la propia jurisprudencia cuando delimita el delito de abusos sexuales de la falta de vejaciones injustas para terminar castigando los casos leves o equívocos por la vía de la falta y no del delito. Entiende, con buen criterio, que el principio de proporcionalidad no solo opera en la individualización de la pena, de modo que ésta resulte adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, sino que también opera a la hora de llevar a cabo la calificación jurídica de los hechos atendiendo a su mayor o menor gravedad cuando hay una alternativa típica entre delito y falta.

Así, tras hacer un análisis referencial de la plasmación legal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, la STS 561/2017, de 13 de julio (RJ 3321), declara que “es cierto que la doctrina precedente se dirigía al campo de la individualización de la pena pero también lo es, no solo que mediatamente la calificación del hecho como delito o falta según la versión anterior del Código incide directamente sobre la misma sino que igualmente debe ser ponderado el principio en el campo de la calificación cuando se trate de alternativas típicas que deban ser valoradas por los Tribunales en la operación de subsunción de la conducta del sujeto”. Así se expresa también la STS 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 4913), cuando señala que “al examinar la tipificación de los hechos en la calificación jurídica de la acusación, estima la Audiencia, en contra del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, que aunque estamos ante una conducta reprochable penalmente, carece no obstante de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual por el que venía siendo acusado. Subraya que nos hallamos en presencia de un leve tocamiento externo, por lo que, en virtud del principio de proporcionalidad, acaba concluyendo que los hechos habrían de incardinarse en el art. 620.2º del CP vigente en la fecha en que se perpetraron”.<sup>48</sup>

Delimitación que también encuentra su fundamento en el diverso *bien jurídico protegido* por ambas infracciones penales y en la lesión efectiva del mismo causada por la conducta del autor. Como es sabido en las agresiones y abusos sexuales se protege la libertad e indemnidad sexual,

---

a agarrar y tirar levemente ya de la ropa ya de esta y la zona del cuerpo que cubría según el caso, juego que incorporó a la dinámica interactiva con sus alumnos el acusado, quien en alguna ocasión y con alguno de estos, los más revoltosos, lo llevó a cabo, como luego se describe, aunque siempre en un contexto lúdico ajeno a todo móvil sexual. También incorporó lo que llamaban "el abrazo del oso", que consistía en que el acusado levantaba al alumno y apretaba tórax con tórax o espalda con tórax generando una cierta sensación de asfixia que se trataba de aguantar el máximo tiempo posible, hasta que el alumno pedía al acusado que parara, lo que esta hacía de inmediato dejándolo caer al suelo, donde el acusado podía darle alguna leve patada o golpe, todo ello con las consiguientes risas de los menores, que en ocasiones incluso pedían a su director que le diera el abrazo. No ha quedado probado que este tuviera un componente erótico ni que el acusado lo llevara a cabo con móvil sexual alguno. Los golpes que el acusado daba a los alumnos se fueron reiterando con mayor asiduidad, incluso en algunos casos llegaron a causar malestar a alguno de ellos que así se lo hizo saber a su director por el dolor sufrido, cesando dicha conducta para con aquellos que así se lo manifestaron. No consta acreditado de manera objetiva que se haya llegado a causar lesión física alguna por el acusado a alguno de los menores implicados que hayan precisado de tratamiento médico o quirúrgico alguno, ni tan siquiera de una primera asistencia facultativa.

<sup>48</sup> En la misma línea se expresa la STS 547/2016, de 22 de junio (RJ 2821), cuando señala que “directamente relacionado con el principio de proporcionalidad está el de merecimiento de pena por el disvalor afectado al bien jurídico de la libertad sexual e intimidad de las menores, disvalor que estimamos suficientemente compensado con la pena correspondiente a la vejación cometida de acuerdo con la legalidad en vigor al tiempo de la comisión de tales hechos”.

mientras que en la falta de vejaciones injustas el bien jurídico protegido tiene un carácter más pluriofensivo en la medida que pretende castigar una disparidad de comportamientos que afectan de forma leve a la dignidad personal, honor, integridad moral e incluso a la libertad general de la persona.<sup>49</sup> Hay que tener muy presente que el art. 620.2 CP, además de castigar las amenazas y coacciones leves, castiga a “los que causen ... injuria o vejación injusta de carácter leve”. La referencia a “causar injuria” no puede entenderse como injuria en sentido estricto,<sup>50</sup> es decir, como una acción que menoscaba la fama o estimación personal, sino a injuria en sentido impropio, es decir, como sinónimo de vejación, agravio, ultraje u ofensa causada a una persona afectando fundamentalmente a su dignidad e integridad moral en cuanto que supone una humillación, menosprecio o degradación de la persona.<sup>51</sup>

Como advierten algunos autores, no se recoge aquí una falta de injuria en sentido estricto,<sup>52</sup> pues en el art. 620.2 CP “no se habla más de “El que injuriare a otro...”, sino que la referencia es a “causar a otro una injuria o vejación”; pues bien ese “causar a otro” que sustituye a “el que injuriare” no tiene el mismo significado que este último, ni gramatical ni contextualmente: las injurias, en el sentido del artículo 208 CP, no se “causan”, se profieren”.<sup>53</sup> En esta misma línea, VIVES ANTÓN había advertido ya que “es posible interpretar el precepto de otro modo, dado el contexto en que se menciona la injuria: al referirse el Legislador a causar “injuria o vejación”, pudiera sostenerse la tesis de que la referencia a la injuria en dicho contexto se hace impropio, es decir, entendiendo que se usan dos modos de mencionar las vejaciones (que, de suyo, son más bien atentados contra la integridad moral que contra el honor). A favor de esta interpretación milita la dificultad de distinguir entre injurias leves y el ejercicio de la crítica legítima y, también el efecto de desaliento que sobre la libertad de expresión pudiera representar el recurso a la vía penal en caso de injurias leves”.<sup>54</sup> Por ello, sobre la base de esta acertada argumentación, cabe concluir con ÁLVAREZ GARCÍA que el término injuria “en el ámbito del artículo 620.2 CP significa “agravio”, “ultraje”, “ofensa”, y para nada se corresponde con una hipotética falta de “injurias leves”, y por lo tanto no hay que trasladar al citado artículo 620.2 CP toda la dogmática elaborada en relación al artículo 208 CP”.<sup>55</sup>

Por ello, en los casos dudosos, equívocos y leves de supuestos abusos sexuales, en realidad, lo que se pone en tela de juicio no es la libertad o indemnidad sexual de las personas, sino su dignidad e integridad moral junto a su libertad general de no aceptar o no someterse a situaciones incómodas, groseras, desagradables o en todo caso y como mucho humillantes. Cierto es que toda vejación denigrante está implícita en el abuso sexual, pero con ello no se agota el

<sup>49</sup> En este sentido, vid. VIVES ANTÓN, «Delitos contra el honor», en VIVES ANTÓN (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 1999, p. 319; ÁLVAREZ GARCÍA, «Delito de injurias», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2ª ed., 2011, pp. 859, 860; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *PE*, 2011, p. 1274; BOLDOVA PASAMAR, *REDPC*, (16-12), 2014, p. 17 (se refiere al honor y la integridad moral).

<sup>50</sup> No obstante, la mayor parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido sería el honor, así vid. Díez RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, p. 280; CARMONA SALGADO, *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, 2012, pp. 204 ss.

<sup>51</sup> En este sentido, vid. VIVES ANTÓN, *PE*, 1999, p. 319; ÁLVAREZ GARCÍA, *PE*, 2011, p. 859.

<sup>52</sup> Vid. nota anterior.

<sup>53</sup> Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *PE*, 2011, p. 859.

<sup>54</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *PE*, 1999, p. 319.

<sup>55</sup> Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *PE*, 2011, p. 859.

contenido de injusto del delito de abuso sexual que requiere una lesión de la libertad e indemnidad sexual para su configuración típica. Del mismo modo que también es cierto que dicha ofensa a la libertad e indemnidad sexual no llega a producirse en los casos de abusos leves o equívocos, en los que realmente lo que está presente es solo un componente de humillación y vejación de la persona. Por ello, la determinación del bien jurídico lesionado en cada caso se convierte en un criterio de delimitación importante entre el delito y la falta, al tiempo que sirve de fundamento de cada una de las infracciones penales.

De hecho, así lo ha venido entendiendo también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS 909/2002, de 25 de mayo (RJ 6038), declara que "naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el desvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 Código Penal". También hay que destacar especialmente en este contexto interpretativo en cuanto al bien jurídico protegido y la delimitación por el grado de afección al mismo, la STS 949/2005, de 20 de julio (RJ 6611), donde declara que los hechos probados son constitutivos de la falta de vejación injusta leve "pues la acción de vejar puede afectar al honor y a la dignidad personal y puede incidir en la esfera de la intimidad sexual, y en el caso que se examina los hechos probados nos sitúan ante unas acciones del acusado de escasa entidad, no hubo otra violencia que la sorpresiva actuación física tocando los senos a la víctima de forma fugaz y rápida y por encima de la ropa, que precisamente por ello debe reputarse como una leve intromisión en la intimidad corporal que integra la falta antedicha".

#### **b) Criterios de delimitación.**

Como se ha advertido, la delimitación entre el delito de abusos sexuales y la falta de vejaciones injustas no resulta nada fácil de llevar a cabo, dado que se trata de conductas de carácter leve y equívocas en su significación sexual, es decir, de situaciones límite o grises que van desde el límite mínimo de los abusos sexuales, pasando por el ámbito propio de las vejaciones injustas hasta llegar a la irrelevancia penal de la conducta. Estamos por tanto en el terreno de la ambigüedad y la incertidumbre que exige, por ello, realizar un esfuerzo valorativo e interpretativo importante para dilucidar esta cuestión de una forma predecible y fiable, con el propósito de evitar la indefensión e inseguridad jurídica que provoca el tratamiento diferente de situaciones idénticas o similares.

La jurisprudencia se ha enfrentado a esta situación, siendo consciente de su dificultad, con la idea de establecer esta obligada delimitación entre delito y falta aportando criterios de carácter objetivo y subjetivo que atienden a las circunstancias del caso concreto, dado que no hay un criterio general que permita delimitar la gravedad o levedad de la conducta o aclarar la mayor o menor equivocidad de su significación sexual.

- Criterios de carácter objetivo.

En primer término, hay que referirse a los criterios de carácter objetivo y circunstancial aportados por los jueces y tribunales, entre los que cabe destacar el criterio del bien jurídico ya apuntado, es decir, la idea de intentar determinar si con la conducta realizada se llega a afectar la libertad o indemnidad sexual o tan solo queda en una afección de la dignidad o integridad moral de la víctima. Desde una perspectiva objetiva intenta determinarse atendiendo a la entidad e intensidad del contacto físico llevado a cabo, zona de cuerpo afectada, si es un contacto

superficial por encima de la ropa o no, si tiene carácter fugaz, instantáneo, sorpresivo, subrepticio o episódico, frecuencia o repetición del acto, datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes, actitud premeditada de la víctima, fuerza física empleada, etc.

Son muchas las sentencias que se han pronunciado en este sentido, como por ejemplo la STS 1302/2000, de 17 de julio (RJ 6915), en donde señala que respecto de los hechos declarados probados consistentes en abordar a la víctima en la calle por la espalda y meterle la mano por debajo del abrigo y de la falda para realizarle tocamientos, dándose a la fuga por los gritos de la víctima, a la que incluso en otra ocasión intentó tocarle el culo en un ascensor, pero ella lo impidió cerrando el ascensor e introduciéndose rápidamente en su casa, "la Sala entiende que los mismos son legalmente constitutivos de dos faltas de vejaciones injustas, una en grado de consumación y otra en grado de tentativa, y no de dos delitos de abuso sexual en los mismos grados de ejecución del art. 181 de los que acusa el Ministerio Fiscal, y ello porque sería contrario a los principios de proporcionalidad de la pena, de mínima intervención del derecho penal hoy imperantes que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva de abuso sexual, y porque atendiendo a la intensidad de los actos de tocamientos que se reflejan en el hecho probado, que fueron realmente fugaces (y denotan la escasa intensidad del dolo) y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, como en algunos casos ha venido considerando nuestra jurisprudencia con criterio más correcto (SS. 21 octubre 1902 y 6 diciembre 1956, entre otras)".

En sentido contrario a la vejación injusta, pero empleando el mismo tipo de argumentación para rechazar la falta y afirmar la existencia de dos delitos de agresión sexual, hay que destacar la STS 909/2002, de 25 de mayo (RJ 6038).

En este caso el autor "golpeó a la mujer a la vez que le rompió el vestido y le bajó el biquini tocándole el pecho y en el otro caso mostrándole sus genitales le dijo "echamos un polvete" y como se marchara la joven, el recurrente se le acercó y le bajó las bragas del biquini para efectuarle seguidamente tocamientos, tras lo que salió corriendo". Se descarta aquí con razón la vejación injusta argumentando que "el carácter sexual de los hechos atribuidos al recurrente no ha sido puesto en duda, dado que, se dice, no serían sino producto de un relajamiento de las costumbres sexuales. Admitido esto, es evidente que, dado su contenido sexual, demostrado sobre todo por las expresiones verbales del acusado que se registran en los hechos probados y las partes del cuerpo de las víctimas que resultaron afectadas por su conducta, no se trata de una simple vejación, sino de la libertad del sujeto pasivo para decidir en el ámbito de su intimidad sexual. Naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2º CP".

Hay una sentencia anterior a las citadas que debe destacarse especialmente porque junto al criterio de carácter objetivo señalado, apunta ya en una *dirección de carácter subjetivo* para establecer la delimitación entre delito y falta, incluso en un caso donde lo que se planteaba era la delimitación entre la falta de vejaciones injustas y el delito de agresión sexual y no de abuso. Este apunte subjetivo de delimitación ha sido posiblemente el precursor del criterio subjetivo que sigue la jurisprudencia mayoritaria en la actualidad y que se analizará a continuación. Pero antes hay que hacer mención de la sentencia señalada, la STS 1241/1997, de 17 de octubre (RJ 7019).

Se trata del caso reseñado del profesor de autoescuela que intenta abusar de una alumna, donde el Tribunal Supremo señala que "estos hechos fueron considerados por la Sala sentenciadora como constitutivos de una falta de vejación injusta de carácter leve por haberse producido una intromisión, no deseada en la intimidad corporal de la denunciante y un desprecio a su libertad sexual. *Para que una*

*agresión sexual pueda ser derivada hacia el capítulo de las faltas en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, es necesario que se den una serie de circunstancias que estimamos que no concurren en el caso presente. En primer lugar nos tenemos que encontrar ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un **simple propósito** de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de **propósitos más incisivos** sobre la libertad sexual de la persona. Los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio, podrían incardinarse en la conducta que se describe en el título de las faltas, pero cuando existen datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un **propósito más firme y agresivo**, debemos considerar si se ha traspasado la barrera que delimita el campo entre los delitos y faltas para colocarse de lleno en el terreno de los primeros”.<sup>56</sup>*

- Criterio de carácter subjetivo.

Sobre la base de este precedente arranca toda una línea jurisprudencial que acude a un criterio de carácter subjetivo y circunstancial para establecer la delimitación entre el delito de agresión o abuso sexual y la falta de vejaciones injustas, atendiendo casi de forma exclusiva a la constatación o no del ánimo libidinoso en la conducta del autor. De este modo, si está presente tal ánimo estaríamos ante un delito sexual y de faltar el ánimo lúbrico estaríamos en presencia de la falta de vejaciones injustas.<sup>57</sup> De hecho puede destacarse una sentencia dictada unos meses antes de la sentencia citada, en donde ya se fija de forma clara este criterio subjetivo de delimitación.

En efecto, la STS 416/1997, de 24 de marzo (RJ 1950), afirma que “en el delito de abusos sexuales ha de concurrir un indudable ánimo lúbrico que, sin duda, está ausente en la falta de coacción, injuria o vejación de carácter leve, y, en el presente caso, es patente la concurrencia de dicho ánimo en la conducta del hoy recurrente con la menor Violeta P., que a la sazón contaba ocho años de edad, con la que salía a pasear y a la que, con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, acariciaba y besaba, tocándole por encima de la ropa su zona genital y los senos”.

Asimismo dice la STS 928/1999, de 4 de junio (RJ 5463), “que, tratándose de contactos corporales breves o elementales, el dato determinante para considerar el hecho como delito o falta es el de la concurrencia o no del ánimo lúbrico en el sujeto activo, que, estando presente, dará lugar a la calificación de aquellos como delito”.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Esta sentencia termina señalando que “el relato de hechos probados, que anteriormente hemos transcrito, nos sitúa ante una actuación de mayor entidad que la que se necesita para la simple falta. En primer lugar y aunque ello pudiera parecer irrelevante, existe una elección cuidadosa del lugar y momento de la agresión, atrayendo a la víctima, con una estratagema, hacia el local donde sabía que se encontrarían solos y sin posibilidad de ser molestados por la presencia de otras personas. Esta situación ambiental, cuidadosamente elegida, coloca a la víctima en una cierta indefensión por lo que disminuye sus posibilidades de defensa, pero no terminan aquí las actuaciones del acusado, sino que utiliza la fuerza física para poner a la víctima contra la pared, cayendo ambos al suelo. El acusado no cesa por ello en la consecución de sus propósitos, sino que actúa desarrollando una incuestionable fuerza física en contra de la voluntad de la ofendida, al despojarla, como dice el hecho probado, de la protección de la bragas. Concurren por tanto, elementos definidores de una situación de indefensión y un añadido material derivado de la fuerza que hemos descrito, por lo que, la conducta es merecedora de ser subsumida en el artículo 429.1.º del anterior Código Penal y ante la inexistencia de un ánimo inequívoco de realizar el acceso carnal, derivar la calificación hacia el artículo 430 en el que se recogen las conductas de agresión sexual que no pueden ser tipificadas como violación. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado”.

<sup>57</sup> Sigue este mismo criterio, BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1999, pp. 88, 89. Lo apunta también, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 136.

<sup>58</sup> La STS 715/2004, de 9 de junio (RJ 3251) señala de forma muy explícita que “lo que se atribuye al acusado en este caso es la realización de varias acciones sobre una mujer, consistentes en tocarle el pecho por encima de la ropa y entrar en contacto con su cuerpo; y tratar de bajarle los pantalones. Es cierto que precisando que se trató

La STS 967/2014, de 19 de diciembre de 2013 (RJ 315), más reciente señala igualmente que "hay que rechazar la calificación alternativa que como meras faltas propone el recurrente. En efecto la propia sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo argumenta que esta Sala del TS rechaza la calificación de vejación injusta cuando está presente un ánimo lúbrico, de modo que "la doctrina de esta Sala para la distinción o separación entre la infracción delictiva y su figura venial ha entendido que con el delito se ataca de modo primordial la libertad sexual del sujeto pasivo", y que la conducta no puede calificarse de falta cuando "se da la nota añadida del ánimo lúbrico, que rebasa el simple ataque a la libertad (aquí sexual), y que no se da en la falta". Esta doctrina se mantiene en la actualidad".<sup>59</sup>

El criterio subjetivo propuesto por la jurisprudencia reiterada y reciente del Tribunal Supremo parece entrar en clara contradicción con aquella otra línea jurisprudencial reiterada también y reciente que viene considerando que en los delitos de agresiones y abusos sexuales no es necesario la exigencia del ánimo libidinoso como elemento subjetivo del injusto para apreciar la existencia de estos delitos, dado que a nivel subjetivo solo se requiere la presencia del dolo.<sup>60</sup> Por tanto, el ánimo de obtener placer sexual, de imponer el instinto sexual o de satisfacer el deseo sexual no forman parte del tipo penal del abuso ni de la agresión sexual. Si esto es ciertamente así, como se viene afirmando, cómo compatibilizarlo entonces con el criterio subjetivo que atiende al ánimo libidinoso para afirmar la existencia de delito o para negarlo y afirmar la existencia de la falta de vejaciones injustas cuando no está presente tal ánimo. En principio, hay aquí en este razonamiento una clara contradicción no exenta de crítica.

Quizá se pueda salir de esta situación contradictoria si el ánimo libidinoso no se considera como un elemento típico necesario para la existencia de estos delitos, sino como un criterio complementario de interpretación para determinar la naturaleza sexual del acto en cuestión en los casos de equivocidad sexual.<sup>61</sup> Por tanto, puede propugnarse con razón y sentido que el ánimo libidinoso es un criterio subjetivo de valoración no solo para determinar la inequívoca significación sexual en los casos de duda, sino también en los casos leves donde se presenta una intromisión mínima en la intimidad sexual que hace preponderante, en todo caso, la afección a la dignidad personal sobre la libertad o indemnidad sexual. De hecho, hay una reciente sentencia del Tribunal Supremo que parece seguir esta línea interpretativa y que ciertamente contribuirá a dilucidar esta cuestión.

Así la STS 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 5989), en relación a los supuestos de equivocidad sexual, señala que "si los actos no se presentan inequívocos, es habitual, para acreditar su carácter sexual,

---

de actos realizados con rapidez, pero en ellos es patente la búsqueda unilateral de una gratificación sexual al margen de la voluntad del otro, reducido de este modo a la condición de objeto, mediante la imposición de un contacto físico, que fue efectivo, aunque efímero. Pues bien, siendo así, está fuera de duda que en estas ocasiones la afectada experimentó un menoscabo de su libertad sexual, que va más allá del genérico vejamen que pretende el recurrente. Por tanto, debe entenderse correcta la aplicación del art. 181, 1 CP. Y no existe el menor obstáculo para entender que concurre un supuesto del art. 74 CP, debido a que las acciones fueron varias, del mismo género, con identidad de situaciones, y tuvieron que ver, además, con la misma persona".

<sup>59</sup> Y en efecto, en este sentido cabe destacar las SSTS 575/2006, de 22 de mayo (RJ 3281), 494/2007, de 8 de junio (RJ 5651), 832/2007, de 5 de octubre (RJ 8269), 1331/2009, de 15 de diciembre (RJ 2230), 702/2013, de 1 de octubre (RJ 7327), 231/2015, de 22 de abril (RJ 1208), 126/2015, de 12 de mayo (RJ 1875), 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 4913).

<sup>60</sup> En este sentido, vid. entre otras muchas las SSTS 411/2014, de 26 de mayo (RJ 2756), 853/2014 de 17 de diciembre (RJ 63), 547/2016, de 22 de junio (RJ 2821) y 415/2017, de 8 de junio (RJ 2909).

<sup>61</sup> En este sentido, vid. ORTOS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, pp. 59 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, 2004, pp. 279 ss.; BOIX REIG, *PE*, 2010, p. 322.

atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. No se trata de que estemos ante un requisito subjetivo añadido al dolo, ello implicaría introducir elementos típicos ajenos al texto de la norma, basta el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz; pero sucede que ese ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del comportamiento, ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual". En base a este criterio llega a la conclusión de que uno de los actos enjuiciados sería constitutivo de delito mientras que otro no. Así, en relación a la menor Beatriz, los hechos consistieron en que el acusado le dijo que *"se sentara encima de sus piernas, a lo que se negó, pero ante la insistencia de aquél, accedió la menor, momento en que le tocó el acusado de modo leve por el pantalón y al ver que pretendía meterle la mano se cambió a la otra silla (...)* Ciertamente estas caricias en zona erógena no llegan a producirse, pero ya se había exteriorizado e iniciado la conducta tendente a su logro, sentando a la menor en sus piernas y tocando el pantalón, allí donde permitía introducir la mano; y la cesación en su pretensión de "meter mano", no deriva de la propia voluntad del autor, sino de la oposición de la menor, seguida de la inmediata presencia de otros menores; de ahí que esta conducta deba ser sancionada como delito de abusos sexuales a menor de trece años en grado de tentativa; y en esta dimensión, estimar parcialmente el primer motivo formulado por el Ministerio Fiscal". Sin embargo, en relación a la menor Leocadia solo consta que *"el acusado le hizo leves tocamientos externos a través de la ropa, apartándole dicha menor la mano para que no siguiera tocándola, cesando de inmediato en su actitud el acusado (...)* Sin la intencionalidad lasciva, en este concreto supuesto, no cabe constatar de la conducta como inequívocamente sexual y por ende calificar como abusos sexuales; y esa intencionalidad, no ha sido declarada probada, del mismo modo que tampoco se afirma su carácter jocoso, vengativo, social o familiar (...). A diferencia del motivo anterior, ni en el relato resulta de forma evidente una involucración a la menor en una actividad sexual, ni tampoco se ha declarado probado el propósito sexual de la conducta del acusado que posibilitara afirmar la condición sexual del acto cuya objetividad no es inequívocamente sexual; en cuya consecuencia, el segundo motivo formulado por el Ministerio Fiscal, se desestima".

### **c) Delimitación entre el delito de trato degradante y la falta de vejaciones injustas.**

Otra cuestión a tomar en consideración es la delimitación entre el delito de trato degradante del art. 173.1 CP y la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP, en la medida en que ambos preceptos tienen por objeto de protección penal el mismo bien jurídico, es decir, la dignidad e integridad moral de las personas. El art. 173.1 CP castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al que *"infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral"*. Es claro que la diferencia entre ambas infracciones penales reside en la gravedad o levedad de la afcción al bien jurídico protegido, sobre todo teniendo en cuenta que el delito exige expresamente que el menoscabo a la integridad moral debe ser grave, no bastando con cualquier tipo de afcción al mismo.

Así lo ha reconocido también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo, en la STS 244/2017, de 5 de abril (RJ 1518). En este caso, que ya hemos expuesto con anterioridad, referido al Director del Colegio Salesianos de Cádiz, que estableció un sistema de motivación-juego un tanto extraño con sus alumnos, del que fue absuelto por los delitos sexuales de que venía acusado, el Ministerio Fiscal plantea también como motivo subsidiario la existencia de un delito contra la integridad moral de los menores del art. 173.1 CP.

La citada sentencia declara al respecto que *"se alega que la sentencia reconoce la existencia de un trato degradante pero lo considera de grado menor, conceptuándolo como una falta de vejaciones del artículo*

620.2 del Código Penal, hoy destipificado.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 420/2016, de 18 de mayo, que el adjetivo degradante, al que se refiere el artículo 173.1 del Código Penal, equivale a humillar, rebajar o envilecer, en este caso a la persona sujeto pasivo del delito, consistiendo por tanto en desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero. Sin embargo, para que la conducta sea típica dicho trato tiene que menoscabar, disminuir o afectar la integridad moral de la víctima. El tipo básico exige la medida de la gravedad para ser aplicado y sirve de línea divisoria frente a la antigua falta de vejaciones leves. Por eso se añade en esta Sentencia que el trato degradante será delictivo siempre que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona.

El Tribunal de instancia, atendidos los hechos que se declaran probados, alcanza la convicción de que los hechos enjuiciados constituyen vejaciones de carácter leve, lo que excluye la necesaria gravedad que se exige en el delito contra la integridad moral”.

#### **4.2. La reforma penal de la LO 1/2015.**

Hay que tener presente que con la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha derogado el Libro III del Código Penal relativo a las faltas y sus penas, por lo que la derogación alcanza también al art. 620.2 CP. Es decir, que a partir del día 1 de julio de 2015, día en el que entra en vigor la reforma, la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP quedó derogada y en consecuencia no puede aplicarse a los hechos cometidos con posterioridad a esa fecha, sino a los sucedidos durante su vigencia hasta el día 30 de junio de 2015. Pero, la derogación de la falta no conlleva necesariamente a la atipicidad de las conductas que la falta castigaba, sino que la LO 1/2015 introduce como delito leve un tercer número en el art. 172 CP en el ámbito del delito de coacciones referido a las coacciones leves. No obstante, la doctrina entiende que la falta de injurias y vejaciones injustas ha sido despenalizada, salvo que se comentan en el ámbito familiar, en cuyo caso serían constitutivas del nuevo delito leve del art. 173.4 CP.<sup>62</sup>

Además, la derogación de la falta ha generado un problema de sucesión de leyes penales que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no está sabiendo resolver en forma adecuada conforme a los criterios legales que rigen la aplicación de la ley penal en el tiempo, lo que obliga también a entrar en esta cuestión sin duda importante por los efectos perversos que está ocasionando.

##### **a) El delito de coacciones leves.**

En la actualidad puede considerarse, en principio, que el ámbito de prohibición de la derogada falta de vejaciones injustas ha pasado a engrosar el ámbito de prohibición del nuevo delito leve de coacciones del art. 172.3 CP, tal y como viene afirmando ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque para ello, a nuestro juicio debe verse afectada la libertad de obrar de la víctima y no su dignidad personal o integridad moral, que eran los bienes jurídicos protegidos en la falta

---

<sup>62</sup> En este sentido, vid. BOLDOVA PASAMAR, *REDPC*, (16-12), 2014, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, *Diario La Ley*, (8223), 2014, p. 7; FARALDO CABANA, *RADPP*, (41), 2016, pp. 3, 4; CUERDA ARNAU, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, 2016, p. 187.

del art. 620.2 CP. En el delito de coacciones, sea grave o leve, el bien jurídico protegido es la libertad general de obrar, que ha de quebrantarse o limitarse mediante una conducta violenta por parte del autor. Violencia inherente a las coacciones del art. 172 CP, por mínima que sea,<sup>63</sup> que no necesariamente había de estar presente en la falta de vejaciones injustas, por lo que no tienen exactamente el mismo ámbito de prohibición y sanción penal. Habría que estar, por tanto, al caso concreto para ver si se produce una leve afeción de la libertad de actuar o no para poder aplicar el nuevo delito leve de coacciones en los supuestos que tradicionalmente se resolvían por vía de la falta de vejaciones injustas. Pero, por principio parece razonable afirmar, como hace la jurisprudencia y en contra de la doctrina referida, que la conducta no se ha despenalizado totalmente sino que ahora encajaría en otro tipo penal más gravoso.

Así, por ejemplo, cabe citar la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 4953), donde se plantea que “la primera cuestión es si la supresión de la falta debe llevar consigo la atipicidad penal de la conducta, independientemente de lo que diremos a continuación acerca de la calificación del hecho probado. Sin embargo la conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. Por ello en caso de estimar los hechos como pretende el recurrente y el Ministerio Fiscal sería por la vía de la falta que estaba vigente cuando se produjeron”.<sup>64</sup>

Ahora bien, tras la reforma de 2015, resultará de aplicación el nuevo delito leve del art. 172.3 CP siempre que esté presente el elemento coercitivo de la violencia que, como es sabido, constituye el elemento esencial del delito de coacciones.<sup>65</sup> Pero, si no hay violencia, por mínima que esta sea, no hay delito alguno al que referenciar la tipicidad de los comportamientos que antes de la reforma se podían considerar como vejación injusta del art. 620.2 CP. Por tanto, esta jurisprudencia es válida en la medida en que se den los presupuestos típicos del delito de coacciones del art. 172 CP, pues de lo contrario se estaría haciendo un uso ilícito de la analogía prohibida a los jueces y tribunales para aplicar el nuevo tipo penal del art. 172.3 CP a supuestos similares a los contemplados en él pero no idénticos, aunque tanto unos como otros sí fueran típicos de la falta de vejaciones injustas del art. 620 CP. Se trataría de una extensión analógica de ley penal a casos no cubiertos por el alcance del tipo penal contraria al principio de legalidad penal, lo que a la postre viene a suceder en las dos sentencias citadas, por lo que resultan ciertamente criticables por ello.

En efecto, en la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 4953), “el hecho probado se concreta en la acción del acusado consistente en que cuando la perjudicada “estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble..., con ánimo lúbrico, le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose Eulalia

---

<sup>63</sup> Así lo exige, CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, 2016, p. 170.

<sup>64</sup> En esta misma línea se expresa la STS 561/2017, de 13 de julio (RJ 3321).

<sup>65</sup> Vid. CUERDA ARNAU, *PE*, p. 170.

inmediatamente e intentando darle una patada, abandonando a la carrera el acusado el lugar (...) Pues bien, en el presente caso los hechos se desarrollan de forma fugaz, sorpresiva y *sin violencia* y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado art. 172.3 CP, de forma que el legislador ha considerado convertir la falta en delito leve aumentando la pena de multa hasta tres meses, pues ya hemos señalado que las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, *comportan también un contenido coactivo*". (¡!)

Lo mismo cabe decir de la STS 561/2017, de 13 de julio (RJ 3321), donde los hechos probados señalan que "el acusado acompañó a las niñas a la zona de juego con la moneda solicitada y colocando a las niñas en posición de jugar, introdujo la moneda en el futbolín, pasando la mano entre las piernas de Marta, y con ánimo libidinoso, tiró de la palanca para dar salida a las bolas, rozando con la mano y tocando con ella, por encima del pantalón, en una sola ocasión la zona genital de la menor, en contra de su voluntad". Por tanto, la violencia esencial en las coacciones, por mínima que sea, brilla por su ausencia en este caso, por lo que no se puede estar de acuerdo en absoluto con este razonamiento del tribunal ni con la conclusión a la que llega cuando señala que "queda una última cuestión por tratar y es que a pesar de que la Audiencia califica los hechos como constitutivos de una falta de vejación injusta del artículo 620.2 CP, vigente al tiempo de suceder los hechos, dicta un fallo absolutorio por entender que la L.O. 1/2015 ha despenalizado las faltas y su consecuencia en el caso sería un vacío de contenido relativo a ella y por lo tanto no procede la aplicación de pena alguna. Este argumento es erróneo, aunque no puede ser corregido en este trámite casacional, puesto que no ha sido suscitado y no es posible de oficio empeorar la situación de la parte recurrida", citando a continuación la argumentación ya transcrita de la STS 661/2015, de 28 de octubre (RJ 4953). Por tanto, se trata de otro supuesto donde la violencia brilla nuevamente por su ausencia y, sin embargo, el tribunal estaba dispuesto a castigar por el art. 172.3 CP si el trámite procesal se lo hubiera permitido. (¡!)

### **b) La sucesión de leyes y la impunidad penal.**

A través de las sentencias citadas puede comprobarse fácilmente cómo se presentan aquí casos típicos de sucesión de leyes penales, donde la ley que estaba en vigor (art. 620.2 CP) es derogada por otra posterior (art. 172.3 CP) que resulta de aplicación desde su entrada en vigor, juzgándose los hechos bajo la vigencia de la nueva ley. Por ello, conviene tener presente el principio general que rige en materia de aplicación de la ley penal en el tiempo, es decir, el principio de irretroactividad de la ley penal, según el cual, las leyes no tienen efecto retroactivo en el tiempo y han de aplicarse a los hechos acontecidos durante su vigencia (*tempus regit actum*), tal y como establecen los arts. 1.1 y 2.1 CP. Del mismo modo, hay que tener presente también la excepción a este principio general, que viene constituida por la retroactividad de las leyes penales que resulten más favorables para el reo, como determina el art. 2.2 CP.

En principio y en aplicación de la regla general de irretroactividad de la ley penal, a los hechos típicos de vejaciones injustas cometidos antes del 1 de julio de 2015 habría que aplicarle la ley que estaba en vigor en el momento de cometerse tales hechos, es decir, el art. 620.2 CP. Pero, como la falta de vejaciones injustas ha sido derogada por una ley posterior, por la LO 1/2015, no puede ser aplicada para el enjuiciamiento de los hechos cuando el legislador ya no comparte la valoración jurídica de los hechos tipificados conforme a la falta. Ahora esos hechos resultan impunes en su mayoría por falta de tipicidad penal, salvo que se den los presupuestos típicos del

delito coacciones de carácter leve del art. 172.3 CP, en cuyo caso podría resultar de aplicación para aquellos hechos cometidos bajo la vigencia de este nuevo delito. Pero, el art. 172.3 CP no puede ser aplicado a los hechos que ocurrieron antes de su entrada en vigor, porque lo impide el principio general de la irretroactividad de la ley penal y además porque no concurre la excepción a dicha regla general, cual es la retroactividad de la nueva ley penal si resulta más favorable.

En efecto, el art. 172.3 CP resulta perjudicial para el reo en comparación con el art. 620.2 CP, pues el hecho ha pasado de tener la consideración de falta a ser tipificado como un delito leve y, en consecuencia, la pena prevista resulta más gravosa y perjudicial para el reo. Se pasa de la pena de multa de diez a veinte días, que preveía el art. 620.2 CP, a la nueva pena de multa de uno a tres meses que establece el art. 172.3 CP. Por tanto, hay que insistir en que todos los hechos en los que no esté presente un acto violento por parte del autor que hasta la LO 1/2015 podían calificarse como típicos de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP ahora resultan impunes por atípicos, es decir, han dejado de merecer reproche penal.<sup>66</sup> Al tiempo que para los hechos violentos que ahora se puedan reconducir típicamente por vía del art. 172.3 CP también resultan impunes porque la aplicación de la nueva ley resulta más gravosa y perjudicial para el reo, por lo que no hay lugar para su aplicación en la medida en que solo puede tener efecto retroactivo si resulta favorable para el reo.

En suma, pues, los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor del nuevo delito leve del art. 172.3 CP resultan impunes, bien por falta de tipicidad penal conforme a la nueva regulación o bien porque esta resulta perjudicial para el reo y por ello no puede tener efecto retroactivo. Por tanto, lo que no se puede hacer en ningún caso, como ha hecho el Tribunal Supremo en alguna ocasión, es operar como si el art. 620.2 CP hubiera sido sustituido sin más por el art. 172.3 CP y en base a ello seguir exigiendo responsabilidad penal por vía del art. 620.2 CP como si nada hubiera cambiado, cuando la realidad es que ha sido derogado y en lo que coincide con la nueva regulación ha sido valorado como más grave y sancionado, por ello, con mayor penalidad. De donde cabe inferir, por tanto, que el art. 172.3 CP solo será de aplicación para los hechos acontecidos tras su entrada en vigor y siempre que se den sus presupuestos típicos, cosa que no sucederá en todos los casos que se venían considerando como vejaciones injustas, pues en muchos de ellos no había violencia alguna.

En todo caso, pese a la impunidad penal a la que se llega en la actualidad, cabría la posibilidad de exigir responsabilidad civil derivada del delito (falta derogada), de conformidad con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015.<sup>67</sup> Solución que ha sido aplicada con buen criterio por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia más reciente, destacando de manera especial la STS 763/2017, de 27 de noviembre (RJ 4913) en

---

<sup>66</sup> En este sentido sí puede aceptarse la opinión de los autores que han manifestado la despenalización de la falta, como BOLDOVA PASAMAR, *REDPC*, (16-12), 2014, p. 17; JIMÉNEZ SEGADO, *Diario La Ley*, (8223), 2014, p. 7; FARALDO CABANA, *RADPP*, (41), 2016, pp. 3, 4; CUERDA ARNAU, *PE*, 2016, p. 187.

<sup>67</sup> En esta disposición se establece que *“la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*.

un caso calificado por el tribunal de instancia como falta del art. 620.2 CP y confirmado así por el tribunal superior en contra del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal.

### *5. Valoración final.*

La determinación del contenido y alcance del delito de abusos sexuales es una tarea difícil y compleja por la falta de definición legal y por el componente valorativo que conlleva. Ello obliga a extremar los criterios de interpretación, donde el principio de ofensividad y del bien jurídico resultan esenciales para ofrecer un concepto restrictivo en el que no tengan cabida todas aquellas acciones que no resulten lesivas para la libertad e indemnidad sexuales. La doctrina y jurisprudencia han venido ofreciendo criterios bastante correctos y practicables en pos de dar certidumbre y concreción en la interpretación y aplicación de estos tipos penales. Sin embargo, la jurisprudencia no sigue de forma sistemática y continuada los requisitos que ella misma se auto exige en su tarea interpretativa, sino que más bien parecería que en algunos casos se parte ya de un juicio previo sobre el caso a resolver, como si no hubiera otra opción que sancionar en la vía penal conductas groseras, desagradables y humillantes, aunque ello sea a costa de apartarse de su propia doctrina. Parece una suerte de decisionismo judicial que provoca indefensión, inseguridad jurídica y un trato desigual y contradictorio próximo a la arbitrariedad judicial. Por ello hay que demandar más mecanismos de control del arbitrio judicial, que eviten estas situaciones y que hagan de la práctica judicial una actividad segura, fiable y predecible, amén de reclamar una mayor claridad en la conceptualización legal de los abusos sexuales.

Existe también una gran dificultad a la hora de establecer la gravedad necesaria para afirmar la existencia de un delito de abuso sexual frente a aquellas conductas de menor gravedad, incluso nula, o que presentan una gran equivocidad sobre su naturaleza sexual. Aquí también hay criterios doctrinales y jurisprudenciales que nos permiten resolver adecuadamente esta problemática de carácter claramente valorativo y que ha de ser resuelta necesariamente por los jueces y tribunales. La solución de considerar los abusos leves o de equívoco carácter sexual como falta de vejaciones injustas resultaba adecuada, pues dejaba abierta una vía de escape para aquellos casos de poca significancia jurídico-penal, por su nula o cuasi nula ofensividad para la libertad e indemnidad sexual. En estos casos realmente se afectaba más a la dignidad e integridad moral de la persona, aunque fuera de forma leve, o en todo caso a la libertad de obrar.

Hasta la reforma de 2015 teníamos por tanto la opción de la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP para zanjar estos supuestos de escasa gravedad o equívocos, pero ahora no. Tras la reforma parece que caben tres soluciones: a) bien aplicar el nuevo delito de coacciones leves del art. 172.3 CP, como ya viene haciendo la jurisprudencia, pero que tiene un ámbito de aplicación más estrecho y no debe ser ampliado a casos donde no esté presente un mínimo de violencia; b) bien tomarse la derogación de la falta en serio, con todas sus consecuencias, es decir, entender que estos casos nimios son impunes desde la perspectiva del Derecho Penal; c) o bien propugnar que se introduzca un delito leve de abusos sexuales que cubra el espacio que ha dejado la falta de vejaciones injustas y evitar, de este modo, que se fuerce la interpretación y amplíe el ámbito de aplicación del art. 172.3 CP, como viene haciendo ya el Tribunal Supremo, o incluso que llegue a ampliarse el ámbito propio del delito de abusos sexuales.

A mi juicio lo opción más coherente con la derogación del Libro III del Código Penal y más adecuada desde la perspectiva del principio de intervención mínima del Derecho Penal, así como más respetuosa con el principio de ofensividad y el principio del bien jurídico es la segunda, es decir, tomarse la derogación de la falta de vejaciones injustas en serio y con todas sus consecuencias, abonado por la impunidad de tales comportamientos de bagatela.

## 6. Tabla de jurisprudencia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia (Aranzadi)</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS 416/1997, de 24 de marzo	RJ 1997, 1950	Luis Román Puerta Luis
STS 1241/1997, de 17 de octubre	RJ 1997, 7019	José Antonio Martín Pallín
STS 1619/1998, de 22 de diciembre	RJ 1998, 9812	José Jiménez Villarejo
STS 928/1999, de 4 de junio	RJ 1999, 5463	Diego Ramos Cancedo
STS 1302/2000, de 17 de julio	RJ 2000, 6915	Roberto García-Calvo y Montiel
STS 909/2002, de 25 de mayo	RJ 2002, 6038	Enrique Bacigalupo Zapater
STS 1709/2002, de 15 de octubre	RJ 2002, 9698	Enrique Abad Fernández
STS 715/2004, de 9 de junio	RJ 2004, 3251	Perfecto Andrés Ibáñez
STS 949/2005, de 20 de julio	RJ 2005, 6611	Juan R. Berdugo y Gómez de la Torre
STS 575/2006, de 22 de mayo	RJ 2006, 3281	Luis Román Puerta Luis
STS 494/2007, de 8 de junio	RJ 2007, 5651	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS 832/2007, de 5 de octubre	RJ 2007, 8269	Manuel Marchena Gómez
STS 1331/2009, de 15 de diciembre	RJ 2009, 2230	Joaquín Delgado García
STS 87/2011, de 9 de febrero	RJ 2011, 1938	Juan Saavedra Ruiz
STS 55/2012, de 7 de febrero	RJ 2012, 2349	Joaquín Giménez García
STS 702/2013, de 1 de octubre	RJ 2013, 7327	Perfecto Andrés Ibáñez
STS 789/2013, de 21 de octubre	RJ 2013, 7116	José Manuel Maza Martín
STS 967/2013, de 19 de diciembre	RJ 2014, 315	Francisco Monterde Ferrer
STS 411/2014, de 26 de mayo	RJ 2014, 2756	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS 853/2014 de 17 de Diciembre	RJ 2015, 63	Joaquín Giménez García
STS 231/2015, de 22 de abril	RJ 2015, 1208	Andrés Palomo del Arco
STS 126/2015, de 12 de mayo	RJ 2015, 1875	Ana María Ferrer García

STS 661/2015, de 28 de octubre	RJ	2015,	Juan Saavedra López
	4953		
STS 13/2016, de 25 de enero	RJ	2016,	Andrés Palomo del Arco
	359		
STS 301/2016, de 12 de abril	RJ	2016,	Manuel Marchena Gómez
	1230		
STS 486/2016, de 7 de junio	RJ		Manuel Marchena Gómez
	2016/2388		
STS 547/2016, de 22 de junio	RJ	2016,	Joaquín Giménez García
	2821		
STS 612/2016, de 8 de julio	RJ	2016,	Francisco Monterde Ferrer
	6538		
STS 705/2016 de 14 de septiembre	RJ	2016,	Juan Saavedra Ruiz
	4231		
STS 837/2016, de 4 de noviembre	RJ	2016,	Manuel Marchena Gómez
	5369		
STS 957/2016, de 19 de diciembre	RJ	2016,	Andrés Palomo del Arco
	5989		
STS 147/2017, de 8 de marzo	RJ	2017,	Luciano Valera Castro
	1118		
STS 171/2017, de 21 de marzo	RJ	2017,	Andrés Martínez Arrieta
	1266		
STS 244/2017, de 5 de abril	RJ	2017,	Carlos Granados Pérez
	1518		
STS 364/2017, de 19 de mayo	RJ	2017,	José Ramón Soriano Soriano
	2432		
STS 415/2017, de 8 de junio	RJ	2017,	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
	2909		
STS 424/2017, de 13 de junio	RJ	2017,	José Ramón Soriano Soriano
	2877		
STS 468/2017, de 22 de junio	RJ	2017,	Julián Sánchez Melgar
	3674		
STS 561/2017, de 13 de julio	RJ	2017,	Juan Saavedra López
	3321		
STS 763/2017, de 27 de noviembre	RJ	2017,	Alberto Jorge Barreiro
	4913		

## 7. Bibliografía

AAVV (2015), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), Aranzadi, Pamplona.

AAVV (2018), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, FARALDO CABANA y ACALE SÁNCHEZ (dirs.), RODRÍGUEZ LÓPEZ y FUENTES LOUREIRO (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia.

ALONSO PÉREZ (2001), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Dykinson, Madrid.

ÁLVAREZ GARCÍA (2011), «Delito de injurias», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t.I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 847 ss.

BEGUÉ LEZAÚN (1999), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona.

BOIX REIG (2010), *Derecho Penal. Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, t.I, Iustel, Madrid.

BOLDOVA PASAMAR (2014), «La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de Código Penal de 2013», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16-12).

CANCIO MELIÁ (2017), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Memento práctico penal*, nº de margen 9210 ss.

CARMONA SALGADO (2012), *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2005), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 239 ss.

CUERDA ARNAU (2016), «Delitos contra la libertad», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 145 ss.

——— (2016), «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 171 ss.

DÍAZ MORGADO (2015), «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO /MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 665 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS (2004), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II, Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 209 ss.

——— (1999), «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, (21), pp. 215 ss.

FARALDO CABANA (2016), «Novedades en la regulación de las injurias y vejaciones injustas de carácter leve», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (41), pp. 197 ss.

GARCÍA ÁLVAREZ (2015), «La reforma de los Capítulos II bis del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013», en MUÑOZ CONDE (dir.), DEL CARPIO DELGADO/GALÁN MUÑOZ (coords.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 141 ss.

GARCÍA RIVAS (2011), «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos

sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial (I)*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 581 ss.

GÓMEZ TOMILLO (2010), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 479 ss.

JIMÉNEZ SEGADO (2014), «Eliminar las faltas tiene delito (leve)», *Diario La Ley*, (8223).

LAMARCA PÉREZ (2017), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 165 ss.

MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO (2011), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Pamplona, pp. 1269 ss.

MORILLAS FERNÁNDEZ (2015), «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, pp. 433 ss.

MUÑOZ CONDE (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed. completamente revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia.

NUÑEZ FERNÁNDEZ (2015), «Prostitución de menores e incapaces y Derecho Penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento crítico*, (17), pp. 56 ss.

ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (2001), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER (2016), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 192 ss.

PÉREZ ALONSO (2017), «Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexualmente remuneradas con menores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17).

RAGUÉS I VALLÉS (2015), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., adaptada a la LO 1/2015 de reforma del CP, Atelier, Barcelona, pp. 129 ss.

RAMÓN RIBAS (2013), *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona.

RAMOS TAPIA (2015), «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*, Aranzadi, Pamplona, pp. 107 ss.

RAMOS VÁZQUEZ (2016), *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 229 ss.

SERRANO GÓMEZ (2017), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SERRANO TÁRRAGA/SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLO/VÁZQUEZ GONZÁLEZ (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 153 ss.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (2015), «Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 603 ss.

TAMARIT SUMALLA (2015), «Delitos contra la indemnidad sexual de menores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, pp. 421 ss.

——— (2002), *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona.

VELÁZQUEZ BARÓN (2001), *Las agresiones sexuales*. Bosch, Barcelona.

VIVES ANTÓN (1999), «Delitos contra el honor», en VIVES ANTÓN (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 305 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR (2004), «Límites al poder punitivo del Estado (I)», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191 ss.