



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

DICTAMEN 2/2015, sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

I

Los arts. 9 a 10 de la LORPM, redactados conforme a la LO 8/2006, de 4 de diciembre, contienen las reglas de aplicación y duración de las medidas, recogiendo el primero las reglas generales y el segundo las especiales.

La doctrina de la FGE, desde la Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores*, dentro de las reglas especiales del art. 10 LORPM y como excepción al principio general de flexibilidad del art. 7.3 del mismo Cuerpo Legal, distingue dos categorías diferenciadas: los delitos de *extrema gravedad* y *máxima gravedad*,

El Dictamen 10/2010, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre interpretación del art. 10 de la LORPM en cuanto a las medidas a aplicar de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada*, y la Circular 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* (Apdo. III.1), insisten en deslindar los conceptos de *extrema* y *máxima gravedad*, en el carácter imperativo del internamiento cerrado en estos casos, con una duración mínima y una libertad vigilada complementaria, como medida independiente y posterior al internamiento.

Los criterios de la Circular 9/2011, en cuanto a imposición de medidas en supuestos de *máxima gravedad* (art. 10.2 LORPM), han sido refrendados por la Sala 2ª del TS, en STS nº 699/2012, de 24 de septiembre y nº 74/2014, de 12 de



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

febrero, en sendos recursos de casación para unificación de doctrina, interpuestos por el Ministerio Fiscal.

Recientemente, en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de 2015, se abordó de nuevo la problemática de las infracciones susceptibles de calificarse de *extrema y máxima gravedad* y la supervisión por parte del Fiscal de Sala Coordinador de los expedientes que se incoen por estos delitos.

Las Conclusiones de dichas Jornadas, aprobadas por la Fiscal General del Estado con fecha 12 de noviembre de 2015, hacen hincapié en la fijación de pautas para delimitar mejor el concepto jurídico indeterminado de la *extrema gravedad* (art. 10.1. b LORPM, segundo párrafo).

Por el contrario, la concreción de las infracciones de *máxima gravedad*, no ha generado, hasta ahora, problemas interpretativos, toda vez que tienen tal consideración, *ex lege*, los delitos específicos a los que se remite el art. 10.2 de la LORPM: los castigados con penas de prisión de quince o más años y los tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP.

No obstante, también en las Jornadas de Delegados de 2015 se debatió una cuestión que ya había aflorado en algunos informes de las Fiscalías provinciales para la Memoria anual de la FGE (Castellón, Valencia). Se trata del problema relativo a los actos sexuales contra menores de trece años. Estas conductas integraban la agravación contenida en el art 180.1.3ª del CP, al que se remite el art. 10.2 de la LORPM. Tal remisión se basaba en la redacción del CP a 4 de diciembre de 2006.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Pero, desde entonces hasta la actualidad, la redacción y estructura del CP ha variado en este punto, luego de las sucesivas reformas llevadas a cabo por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, y L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Como luego se verá, conforme a la redacción hoy vigente, los delitos contra la libertad sexual cuando las víctimas son menores no de trece, sino de dieciséis años, se encuentran recogidos ahora en el art. 183 del CP, precepto no mencionado en el art. 10.2 de la LORPM.

Si bien no se tiene constancia, a día de hoy, que esa cuestión se haya suscitado en ningún Juzgado de Menores o Audiencia Provincial, se propugnó durante las Jornadas una interpretación teleológica, entendiéndose que, conforme al espíritu de la Ley, las agresiones sexuales a menores de trece años, expresamente mencionadas en el anterior 180.1.3ª CP, que se encuentran tipificadas ahora en el art. 183 del CP, deben seguir teniendo la consideración de delitos de *máxima gravedad* a los efectos de aplicar el art. 10.2 LORPM.

Se planteó, incluso, la conveniencia de una propuesta de reforma legislativa de la LORPM por parte de la FGE, para evitar dudas interpretativas.

No obstante, luego del debate suscitado, se ha resuelto, mejor que formular unas conclusiones genéricas, fijar, por parte de esta Unidad, unas pautas interpretativas más específicas, que contemplen no sólo ese aspecto, sino otros problemas que se han venido observando en la aplicación del art. 10 LORPM en los delitos contra la libertad sexual.

Tal es el objeto del presente Dictamen.

La necesidad o no de formular finalmente una propuesta de reforma legislativa se sopesará ulteriormente en función de las contingencias o eventuales



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

interpretaciones divergentes de Juzgados de Menores o Audiencias, que pudieran darse en la práctica.

II

Previamente debe advertirse que los delitos contra la libertad sexual sobre menores son un tema jurídicamente complejo e, incluso, intrincado, debido a la profusión de cambios legislativos desde la promulgación del CP de 1995 y las sucesivas reformas que ha sufrido en esta materia, la última por LO 1/2015.

Son frecuentes las correcciones por vía casacional de los errores de interpretación de estos tipos penales.

Un ejemplo de ellos, que conviene recordar, por lo reiterado, es la confusión entre abusos y agresiones sexuales, como una reminiscencia de la legislación anterior a 1995. En tal sentido, la reciente STS, Sala 2ª, nº 355/2015, de 28 de mayo: *el error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación.*

Otro de los más habituales es la infracción del principio *non bis in idem*, cuando se apreciaba la menor edad de trece años como presunción *iuris et de iure* para fundamentar la falta de consentimiento en los abusos sexuales y se aplicaba, al tiempo, como subtipo agravado por razón de la víctima, si no concurrían otros



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

factores añadidos que justificaban la vulnerabilidad y la agravación (vid. SSTs 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero y 925/2012, de 8 de noviembre, entre otras).

La propia Sala 2ª del TS ha entendido, con frecuencia, que las incesantes reformas, provocan, en buena medida, los errores apreciados, mostrándose especialmente crítica al tildar como “laberíntica” (STS nº 355/2015, de 28 de mayo) la legislación resultante de tan “convulsos cambios contruidos sobre la menor edad” (STS nº 464/2015, de 7 de julio).

Este documento, sin perjuicio de ulteriores pronunciamientos sobre los tipos penales por parte de la FGE, se ciñe a los problemas de aplicación del art. 10 LORPM y principalmente del nº 2 de ese precepto.

III

Dentro de los delitos contra la libertad sexual a los que remite el art. 10.2 LORPM, no hay problemas aparentes con el delito de violación del art. 179 CP, esto es, un acto contra la libertad sexual de una persona, mediante violencia o intimidación y penetración vaginal, anal o bucal.

El art. 179 del CP no ha sufrido modificaciones que le afecten, ni en cuanto a contenido ni penas, desde la reforma del CP por LO 15/2003 de 25 de noviembre, que añadió la introducción de miembros corporales al elenco de conductas punibles descritas en el precepto.

Por tanto, si un menor comete un hecho tipificado en el art. 179 del CP se le aplicará siempre el art. 10.2 LORPM, debiendo imponérsele una medida de internamiento en centro cerrado y, en su caso, una libertad vigilada complementaria ulterior, con las duraciones mínimas y máximas –según su edad- previstas en el



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

precepto (vid. Apdo.III.1 de Circular 9/2011 FGE; Dictamen 10/2010, Fiscal de Sala Coordinador de Menores y SSTTS, Sala 2ª nº 699/2012, de 24 de septiembre y nº 74/2014, de 12 de febrero).

IV

El problema se centra así en el art. 180 CP y más concretamente en los supuestos de su nº1.3ª, víctimas especialmente vulnerables por razón de su edad.

El art. 180 del CP constituye un subtipo agravado de las agresiones sexuales del art. 178 CP (sin penetración) y del art. 179 del CP (con penetración vaginal, anal o bucal), que contempla diversas situaciones en las que se considera por el legislador que los tipos básicos de agresión sexual revisten un mayor desvalor jurídico, en atención a las circunstancias concurrentes, modalidad comisiva o especial vulnerabilidad de la víctima.

Como se afirmó en el Apdo. anterior, siempre que se esté en presencia de un delito de violación del art. 179 CP será aplicable el art. 10.2 LORPM. Si en una violación, además, se diesen alguna o alguna de las situaciones del art. 180 CP, esto último se puede valorar para solicitar una medida de internamiento en centro cerrado de mayor duración, dentro de los límites del art. 10.2 LORPM y siempre teniendo en cuenta las circunstancias personales del menor, dentro de los parámetros de flexibilidad del art. 7.3 LORPM.

En cambio, la norma del art. 10.2 de la LO 5/2000 no es aplicable al tipo básico de agresiones sexuales del art. 178 CP.

De ahí se infiere que las situaciones agravadas que enumera el art. 180 del CP tienen relevancia decisiva, a los efectos de apreciar el art. 10.2 LORPM, cuando se trate de agresiones sexuales del art. 178 del CP, sin acceso carnal.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

No obstante, determinadas agresiones sexuales del tipo básico del art. 178, cometidas por mayores dieciséis años, pueden calificarse como hecho de *extrema gravedad*, con las consecuencias previstas en el art. 10.1. b) LORPM, segundo párrafo, cuando se considere que, por el conjunto de circunstancias concurrentes, merecen un especial reproche

A tal respecto, la Conclusión I.3ª de las Jornadas de Delegados de Madrid 2015 señala que: *las conductas descritas en el art. 9.2 LORPM, cometidas por mayores de dieciséis años y que no tengan encaje típico en el art. 10.2 LORPM, podrán reputarse de extrema gravedad, con las consecuencias sancionadoras previstas en el art. 10.1 b), párrafo segundo, cuando, sin concurrir reincidencia, se entienda que merecen un especial reproche, que no se colme con la posibilidad de ampliar la duración de las medidas prevista en el apartado b), primer párrafo, del artículo 10.1 LORPM.*

Y la Conclusión I.4ª, de esas Jornadas, relaciona como alguno de los supuestos de agresiones sexuales del art. 178 del CP, cometidas por mayores de dieciséis años, que pueden tener esa consideración de delito de *extrema gravedad* aquellas en las que exista reiteración por parte del autor de los hechos o concurren con otros delitos (robos con violencia) u otras circunstancias graves.

De idéntico modo, los delitos de abuso sexual, quedan fuera del ámbito del art. 180 del CP, referido sólo a agresiones, por lo que en los abusos, sean con penetración o no, no cabe la aplicación del art. 10.2 de la LORPM.

No obstante, algunos casos de abusos sexuales perpetrados por mayores de dieciséis años, como luego se indicará, podrán reputarse de extrema gravedad con aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1. b) LORPM, segundo párrafo.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

V

Para un mejor estudio sistemático de la cuestión planteada, conviene analizar - desde la perspectiva de la aplicación del art. 10.2 LORPM- los supuestos incluidos en el art. 180 del CP antes de la LO 5/2010, después de ésta y en el CP vigente tras la entrada en vigor, el pasado 1 de julio, de la última reforma por L.O. 1/2015.

La LO 11/1999, de 30 de abril, introdujo leves modificaciones en el precepto originario del CP de 23 de noviembre de 1995, pero desde aquella reforma su redacción se ha mantenido prácticamente incólume hasta hoy en todos sus apartados, a excepción del nº 3 del Apdo. 1.

Dicho artículo, tras la referida LO 11/1999, quedó redactado como sigue:

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio

2ª) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3ª) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

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

5ª) Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior

Con la salvedad del nº 1.3, la redacción hoy vigente permanece inalterable en el resto de apartados, aunque la LO 5/2010 incrementó la pena imponible en los



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

casos de las agresiones sexuales del art. 178, que pasaron de cinco a diez años de prisión en lugar de cuatro a diez, manteniendo la pena de doce a quince para las violaciones (art. 179). Esas penas permanecen tras la LO 1/2015.

Tampoco se suscita cuestión alguna respecto a la aplicación del art. 10.2 de la LORPM en los supuestos del art. 180 apdo. 1, 1ª, 2ª, 4ª y apdo.2.

El problema se restringe a las situaciones previstas en el referido art. 180.1.3ª y más concretamente a las agresiones sexuales del art. 178 a menores de edad, puesto que si fueran del art. 179, como ya se dijo, el art. 10.2 LORPM se aplica en todo caso.

La LO 5/2010, de 22 de junio, no se limitó a modificar el referido art. 180.1.3ª, sino que reestructuró los delitos contra la libertad sexual, regulando como una categoría aparte y agravada los cometidos contra menores de trece años, ya fueren agresiones o abusos sexuales.

La Exposición de Motivos de la Ley justificó tal reforma en la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a *la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* e incrementar el nivel de protección de las víctimas más desvalidas, reforzando la protección a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores.

De esta forma el art. 180.1.3 CP quedó así: *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art. 183.*



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Y se dio nueva redacción al art. 183, incorporándolo al Título VIII del Libro II del Código Penal, dentro de un Capítulo novedoso, el Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”:

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

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

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

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

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

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

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

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

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

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

No se estima que esa reforma legislativa afectase a la aplicación el art. 10.2 de la LORPM, pues no alteró el marco de referencia del art. 180 CP al que se remite, ya que:

- Como antes se refirió, la redacción del art. 180 se mantuvo intacta, con la excepción del art. 1.3^a.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

- Aunque cambie la terminología del artículo continúa refiriéndose a víctimas *especialmente vulnerables*, que sigue siendo el fundamento y razón de ser de la agravación.
- El precepto, entre los motivos que justifican la *vulnerabilidad*, aparte de la *enfermedad, discapacidad o situación*, siguió aludiendo a la *edad*, y aunque no concretara ya, como antes, un límite de edad a partir del que opera la agravación (*en todo caso, cuando sea menor de trece años*), se entendía que seguía siendo operativo, a partir de la remisión al 183 (*salvo lo dispuesto en el artículo 183*), dedicado enteramente a los abusos sexuales y agresiones a menores de esa edad.

Tampoco, en la práctica, se ha tenido noticia de ninguna sentencia o resolución judicial que suscitara la cuestión.

Sin embargo, ese panorama, en principio no problemático por lo que hace a la aplicación de la LORPM, ha quedado alterado tras la reforma del CP por LO 1/2015.

Luego de esta reforma el art. 180.1.3ª permanece incólume, manteniendo la expresión “salvo lo dispuesto en el art. 183”.

En el art. 183 del CP se siguen regulando de manera autónoma las agresiones y abusos sexuales a menores de edad, pero éstos no son ya los menores de trece, sino los de dieciséis años.

Se amplía, así, considerablemente, el marco sancionador, agravando las agresiones sexuales a menores de esa edad y reputando como abuso, por in consentido, todo contacto sexual con una persona menor de dieciséis años.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Semejante salto legislativo no pudo ser informado ni por el Consejo Fiscal ni por el CGPJ al no figurar en el Anteproyecto de reforma del CP que les fue presentado, introduciéndose posteriormente en el texto del Anteproyecto remitido a las Cámaras para su tramitación parlamentaria.

El Anteproyecto inicial prácticamente reducía los cambios en el art. 183 CP a sustituir en el nº 1 la expresión de “actos contra la indemnidad sexual” por “actos de carácter sexual” y a introducir en el nº 2 los casos en que se compeliere a un menor a “participar en actos de naturaleza sexual con un tercero”, en aplicación del art. 3.5.i) de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

La ampliación posterior hasta los dieciséis años de los tipos del art. 183 CP se justificó luego en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015: *...en la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.*

Luego de esa reforma el art. 183 CP ha quedado así:

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando 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.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

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

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

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

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

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

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

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

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

Esta y otras reformas introducidas por la LO 1/2015 en esta materia han recibido ya críticas por parte de algunos sectores doctrinales, que la consideran contraria a la realidad social juvenil, críticas que se han deslizado incluso en algún pronunciamiento jurisprudencial que entiende que la reforma destila un “indisimulado sesgo moralizante” (STS nº 355/2015, de 28 de mayo).

VI

Al margen de tales consideraciones, por lo que hace al objeto de este Dictamen, es evidente que el marco de referencia del art. 10.2 de la LORPM queda alterado, pues ahora la remisión del art. 180.1.3ª al 183 (*salvo lo dispuesto en el art. 183*) no es ya a menores de trece, sino a menores de dieciséis años.



Comoquiera, asimismo, que el texto actual del art. 183 del CP, con la salvedad de la ampliación de la edad, tiene pocas variaciones respecto al resultante de la reforma por LO 5/2010, y sigue aglutinando tanto agresiones como abusos sexuales, se hace necesario precisar, dentro de los distintos supuestos, cuáles obligan, en todo caso, a aplicar el art. 10.2 LORPM (*máxima gravedad*) y cuando se dan situaciones que justificarían apreciar la *extrema gravedad* (10.1 b segundo párrafo).

Para sistematizar la casuística más frecuente debe partirse de la distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales.

1. Agresiones sexuales a menores (mediante violencia o intimidación)

- a) Las violaciones, igual que si la víctima fuera un adulto, se tipifican conforme el art. 179 del CP y es aplicable el art. 10.2 LORPM en todo caso, aunque al ser menor de dieciséis años, se introducirá también en la calificación jurídica el tipo correspondiente del art. 183 CP.
- b) En las agresiones sexuales del art. 178, (sin penetración o intento), deben distinguirse los siguientes supuestos:
 - Al margen de la edad, se aplicará el art. 10.2 LORPM cuando concurra cualquiera otra de las situaciones previstas en los nº 1 a 5 del art.180 CP
 - Si la víctima fuese menor de cuatro años el art. 10.2 LORPM debe aplicarse en todo caso, por su indiscutible “vulnerabilidad” (art. 183.4 a, en relación a 180.1.3ª).
 - Cuando la víctima sea menor de trece años, con carácter general, cabe predicar idéntica vulnerabilidad que justifica la apreciación del 180.1.3 CP, en atención a los antecedentes históricos y legislativos del precepto actual, como criterio hermenéutico (art.



3.1 CC). Deberá estarse, con todo, a las circunstancias del caso concreto, diferencia de edad con el autor, etc. No obstante, cuanto más inferior sea la edad dentro de esa franja entre cuatro y doce años, más vulnerable debe estimarse la víctima, sin necesidad de acudir a pruebas adicionales (vid. STS, Sala 2ª, nº 398/2015, de 17 de junio, que estima que *cinco años es una edad en la que se produce una situación de máxima vulnerabilidad*).

- Si la víctima tiene entre trece y quince años, no cabe apreciar ya, con carácter general y de modo automático, lo dispuesto en el art. 10.2 de la LORPM, salvo que, en el caso concreto, confluyan otras situaciones o circunstancias que la hagan especialmente vulnerable.
- Por último, igual que si la víctima no fuera menor, cuando no concurren los supuestos del art. 180 CP en agresiones sexuales del art. 178 CP, puede apreciarse la extrema gravedad del art. 10.1 b LORPM en función de las circunstancias concurrentes (Apdo. V).

2. Abusos sexuales sobre menores (sin consentimiento)

- a) No es aplicable el art. 10.2 LORPM en los casos de abusos sexuales (relaciones sexuales in consentidas), ya sean con o sin penetración y tampoco en ninguno de los supuestos de abusos sexuales a menores tipificados en el art. 183 del CP (nº1, 3 y 4).
- b) No obstante, el tipo básico de abusos del art. 183.1 del CP prevé una pena de dos a seis años de prisión, y los siguientes apartados penas de más larga duración, lo que permite, en todo caso, imponer al



- menor, conforme al art. 9.2 de la LORPM y si las circunstancias del caso lo aconsejan, una medida de internamiento en centro cerrado.
- c) En función de la gravedad de los hechos y teniendo siempre en cuenta las circunstancias del autor, cabrá, si se opta por solicitar medida de internamiento, en cualquiera de sus modalidades, ampliar la duración general de dos años hasta tres o seis años (según el imputado fuese mayor o menor de dieciséis), conforme a lo previsto en el art. 10.1 a) y b) de la LORPM.
- d) Cuando el imputado fuera mayor de dieciséis años, si se opta por el internamiento cerrado y se estima, además, que el conjunto de circunstancias justifican un reproche mayor, que no se satisface únicamente con ampliar la duración del internamiento, podría calificarse el hecho como de *extrema gravedad* conforme al art. 10.1. b) LORPM, segundo párrafo. Tal calificación puede estar indicada, singularmente, en casos de abusos con penetración a víctimas especialmente vulnerables, como menores de cuatro años (art. 184.4 a CP).

VII

Tratándose de abusos sexuales sobre menores de edad, y precisamente por la elevación de la edad penal mínima de consentimiento para mantener relaciones íntimas, adquiere esencial protagonismo la excusa absolutoria que, a la par, introduce la LO 1/2015 en el art. 183 quater del CP: *el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Este tipo de cláusula es conocida en el derecho anglosajón como la *Romeo and Juliet exception*, pues ambos protagonistas de la tragedia de Shakespeare son adolescentes, no alcanzando Julieta los catorce años.

Dentro del Derecho comparado encontramos frecuentes ejemplos de exclusión de la responsabilidad penal por este motivo.

Algunas legislaciones optan por fijar un margen de diferencia de edad entre el menor de edad sexual y el autor de los hechos que excluya la punibilidad de la conducta: el CP italiano en el artículo 609-ter establece una edad mínima de catorce años, pero exime la punición si no hay una diferencia de tres años con el autor de los hechos, salvo violencia, intimidación, engaño o abuso de la incapacidad; en Austria, la diferencia de edades exigida es de más de cuatro años, si no se han producido lesiones graves o muerte del menor, o salvo que la víctima no haya cumplido doce años; tampoco se castigan estas conductas en Suiza cuando la diferencia es de tres años (vid. Dictamen 4/2013, *sobre tratamiento de delitos cometidos por menores contra la indemnidad sexual de otros menores en supuestos de escasa entidad*).

En otros casos como el de Noruega, con mayor flexibilidad, no se opta por taxativas diferencias de edades, sino que el criterio para intervenir penalmente es el de si el autor es o no de edad o desarrollo parecido a la víctima.

A esta última línea parece adscribirse el art. 183 quater del CP español.

La necesidad del requisito de asimetría de edades para incriminar a un menor por delitos de abusos sexuales o pornografía infantil ya se abordó por la FGE en la Circular 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores (Apdo.III.2, Tratamiento de delitos contra la indemnidad sexual).

Dicha Circular indicaba que: con carácter general cabe incriminar todo contacto sexual realizado con persona menor de 13 años cuando el autor es mayor de 18 años. Pero cuando el autor es un adolescente penalmente responsable por tener entre 14 y 18 años tal afirmación debe matizarse, pues el contacto sexual entre adolescentes de similar edad, sin concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, puede no afectar ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales.

Debe entenderse que la cláusula del art. 183 quater del CP opera sólo respecto a los casos de abusos sexuales, no respecto a agresiones sexuales, con violencia o intimidación.

En el estricto marco de los abusos sexuales (arts. 181, 182, supuestos incluidos en el art. 183 y 183 bis) debe ponderarse la aplicación de tal excusa absoluta en cada caso, pues no es difícil imaginar situaciones en las que el denunciado pudiera ser de edad igual o incluso inferior a la víctima, debiendo evitarse, a toda costa, criminalizar comportamientos y conductas sexuales ajenos al ámbito de protección de la norma.

Ejemplo de lo anterior puede ser el tipo del estupro del art. 182 del CP. Si ya era –y es- una figura arcaica, denostada doctrinalmente, de irrelevante aplicación práctica e insólita dentro la Justicia juvenil, tras la reforma, y exigiéndose ahora que la víctima tenga entre dieciséis y dieciocho años, parece prácticamente imposible concebir que el sujeto activo de tal conducta pueda ser otro menor.

Debe recordarse, finalmente, que la Conclusión IV.3ª de las Jornadas de Delegados de Menores de Madrid, resalta la necesidad de aplicar las previsiones



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

de la Circular 9/2011 de la FGE y el contenido del nuevo art. 183 quater del CP en la instrucción de las causas por presuntos abusos sexuales, instando a buscar... *la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen de la finalidad de protección de la norma penal.*

VIII

De todo lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª Si un menor comete un delito de violación del art. 179 del CP (uso de violencia o intimidación y penetración vaginal, anal o bucal consumada o intentada) se aplicará siempre el art. 10.2 LORPM, debiendo imponerse una medida de internamiento en centro cerrado y, en su caso, una libertad vigilada complementaria ulterior, con las duraciones mínimas y máximas –según su edad- previstas en el precepto (vid. Apdo.III.1 de Circular 9/2011 FGE; Dictamen 10/2010, Fiscal de Sala Coordinador de Menores y SSTS, Sala 2ª nº 699/2012, de 24 de septiembre y nº 74/2014, de 12 de febrero).

2ª Si en una violación, además, se diesen alguna o alguna de las situaciones del art. 180 CP, esto último se puede valorar para solicitar una medida de internamiento en centro cerrado de mayor duración, dentro de los límites del art. 10.2 LORPM y siempre teniendo en cuenta las circunstancias personales del menor, dentro de los parámetros de flexibilidad del art. 7.3 LORPM.

3ª En una agresión sexual del art. 178 (uso de violencia o intimidación, sin acceso carnal), sólo se aplicará el art. 10.2 LORPM si concurren las circunstancias o situaciones descritas en el art. 180 del CP.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

4ª No es aplicable la norma del art. 10.2 de la LORPM al tipo básico de agresiones sexuales del art. 178 CP.

5ª No obstante, determinadas agresiones sexuales del tipo básico del art. 178, cometidas por mayores dieciséis años, pueden calificarse como hecho de *extrema gravedad*, con las consecuencias previstas en el art. 10.1. b) LORPM, segundo párrafo, cuando se considere que, por el conjunto de circunstancias concurrentes, merecen un especial reproche (Conclusiones Jornadas Delegados Menores Madrid 2015, I, 3ª y 4ª).

6ª Tras las sucesivas reformas del CP por LO 5/2010 y LO 1/2015, el marco de referencia del art. 10.2 de la LORPM queda alterado en lo que se refiere a la apreciación de la vulnerabilidad por razón de la edad del art. 180.1.3 CP. Este precepto remite al 183 CP, que recoge las agresiones y abusos sexuales a menores que, tras la última reforma, ya no son de trece, sino de dieciséis años.

Cuando proceda aplicar el art. 183 del CP, en relación al art. 180.1.3ª del CP y art. 10 de la LORPM, se tendrán en cuenta las siguientes pautas, según sean agresiones o abusos sexuales:

6.1 Agresiones sexuales a menores (mediante violencia o intimidación)

- a) Las violaciones, igual que si la víctima fuera un adulto, se tipifican conforme el art. 179 del CP y es aplicable el art. 10.2 LORPM en todo caso, aunque, al ser menor de dieciséis años, se introducirá también en la calificación jurídica el tipo correspondiente del art. 183 CP.
- b) En las agresiones sexuales del art. 178 CP (sin penetración o intento), deben distinguirse los siguientes supuestos:



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

- Al margen de la edad, se aplicará el art. 10.2 LORPM cuando concurra cualquiera otra de las situaciones previstas en los nº 1 a 5 del art.180 CP
- Si la víctima fuese menor de cuatro años el art. 10.2 LORPM debe aplicarse en todo caso, por su indiscutible “vulnerabilidad” (art. 183.4 a, en relación a 180.1.3ª).
- Cuando la víctima sea menor de trece años, con carácter general, cabe predicar idéntica vulnerabilidad, que justifica la apreciación del 180.1.3 CP en atención a los antecedentes históricos y legislativos (art. 3.1 CC). Deberá estarse, con todo, a las circunstancias del caso concreto, diferencia de edad con el autor, etc. No obstante, cuanto más inferior sea la edad dentro de esa franja entre cuatro y doce años, más vulnerable debe estimarse la víctima, sin necesidad de acudir a pruebas adicionales (vid. STS, Sala 2ª, nº 398/2015, de 17 de junio)
- Si la víctima tiene entre trece y quince años, no cabe apreciar ya, con carácter general y de modo automático, lo dispuesto en el art. 10.2 de la LORPM, salvo que, en el caso concreto, confluyan otras situaciones o circunstancias que la hagan especialmente vulnerable.
- Por último, igual que si la víctima no fuera menor, cuando no concurren los supuestos del art. 180 CP en agresiones sexuales del art. 178 CP, puede apreciarse la extrema gravedad del art. 10.1 b LORPM en función de las circunstancias concurrentes (Conclusión 5ª).



6.2 Abusos sexuales sobre menores (sin consentimiento)

- a) No es aplicable el art. 10.2 LORPM en los casos de abusos sexuales (relaciones sexuales inconscientidas), ya sean con o sin penetración y tampoco en ninguno de los supuestos de abusos sexuales a menores tipificados en el art. 183 del CP (nº1, 3 y 4).
- b) No obstante, el tipo básico de abusos del art. 183.1 del CP prevé una pena de dos a seis años de prisión, y los siguientes apartados penas de más larga duración, lo que permite, en todo caso, imponer al menor, conforme al art. 9.2 de la LORPM y si las circunstancias del caso lo aconsejan, una medida de internamiento en centro cerrado.
- c) En función de la gravedad de los hechos y teniendo siempre en cuenta las circunstancias del autor, cabrá, si se opta por solicitar medida de internamiento, en cualquiera de sus modalidades, ampliar la duración general de dos años hasta tres o seis años (según el imputado fuese mayor o menor de dieciséis), conforme a lo previsto en el art. 10.1 a) y b) de la LORPM.
- d) Cuando el imputado fuera mayor de dieciséis años, si se opta por el internamiento cerrado y se estima, además, que el conjunto de circunstancias justifican un reproche mayor, que no se satisface únicamente con ampliar la duración del internamiento, podría calificarse el hecho como de *extrema gravedad* conforme al art. 10.1. b) LORPM, segundo párrafo. Tal calificación puede estar indicada, singularmente, en casos de abusos con penetración a víctimas especialmente vulnerables, como menores de cuatro años (art. 184.4 a CP).



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

7ª La excusa absoluta del art. 183 quater del CP opera sólo respecto a los casos de abusos sexuales, no respecto a agresiones sexuales, con violencia o intimidación.

8ª Conforme a lo acordado a la Conclusión IV.3ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2015, en la instrucción de las causas por presuntos abusos sexuales sobre menores de dieciséis años se tomará especialmente en cuenta el nuevo art. 183 quater del CP, interpretado a partir de las directrices impartidas en la Circular 9/2011 de la FGE (Apdo. III. 2. *Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual*).

Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.