

FISONOMÍA JURÍDICO-PENAL DE LAS AGRESIONES SEXUALES

José Ulises Hernández Plasencia*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El trabajo analiza los elementos básicos que vivifican la tipicidad de las agresiones sexuales, partiendo de la caracterización del bien jurídico protegido que viene a determinar su ámbito punible, el contenido de la conducta ilícita poniendo de manifiesto la excesiva indeterminación legal de sus aspectos nucleares, delimitando el marco teleológico y los límites externos de los medios empleados para ejecutarla.

PALABRAS CLAVE: libertad sexual, indemnidad sexual, atentado sexual, violencia, intimidación, acceso carnal, ánimo lúbrico.

ABSTRACT

«Criminal legal features of sexual assault». This study examines the basic elements that give life to sexual assault based on the characterization of the protected legal interest, determining its punishable scope, the contents of his wrongful conduct against excessive legal indeterminacy and identifies its final framework and the outer limits of the means to commit it.

KEY WORDS: sexual freedom, sexual indemnity, sexual assault, violence, intimidation, intercourse, sexual desire.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos sexuales toman su actual fisonomía de las seis sustanciales reformas legislativas ocurridas en las últimas tres décadas¹. La rúbrica «delitos contra la honestidad»², introducida por el Código Penal (CP) de 1848 y bajo la que se regulaban las figuras delictivas sexuales, se sustituye casi un siglo y medio después —en 1989— por la de «delitos contra la libertad sexual»³ y, recientemente, por la de «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»⁴. Pero la transformación legislativa no se agota con el cambio de la rúbrica ni del *nomen iuris* de las figuras delictivas (agresión, acoso y abusos sexuales frente a las anteriores de violación, abusos deshonestos y estupro); ha alcanzado al contenido material del bien jurídico, a los sujetos activo y pasivo, a los modos de ejecución tipificados, a las penas, a la eficacia del perdón del ofendido; se han creado nuevos delitos sexuales (acoso sexual, exhibicio-



nismo y provocación sexual) y suprimido otros (adulterio, amancebamiento, rapto o escándalo público). El objetivo general perseguido por la reforma de los delitos sexuales consistía en despojar paulatinamente la Moral, concretamente la moral sexual⁵, del ámbito del Derecho penal sexual⁶. Durante estas décadas el legislador ha sido sensible a las propuestas e interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, como por ejemplo, refiriendo los delitos sexuales no sólo a la libertad sino también a la indemnidad sexual⁷ que ya recogía la PANCP de 1983⁸.

El proceso de reforma legal produjo importantes modificaciones con la publicación de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuyos objetivos generales se centraron en reforzar la protección de la libertad sexual de los menores e incapaces, retocando el delito de abuso sexual, interviniendo en las conductas de tenencia o difusión de pornografía de menores, reintroduciendo el delito de corrupción de menores, incidiendo en el sistema punitivo para incrementar la gravedad de las penas o sustituirlas por otras, y estableciendo un régimen especial para computar los términos de la prescripción de estos delitos cuando la víctima fuera menor de

* Profesor Titular de Derecho Penal.

¹ La transformación legislativa se produce a partir de los Pactos de la Moncloa (1977), mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo, se despenalizan el adulterio y el amancebamiento, y por Ley 46/1978, de 7 de octubre, se modifican los delitos de estupro y rapto; sobre la necesidad de la reforma v. SAINZ CANTERO, *La reforma del Derecho penal sexual*, ADPCP (1978), p. 237 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto*, ADPCP (1978), p. 591 y ss. Con posterioridad, mediante la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, se elimina el delito de escándalo público y pasa a configurarse como delito de exhibicionismo en el art. 185 CP. v. extensamente sobre la evolución histórica Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, p. 211 y ss.

² Sobre lo inapropiado de esa rúbrica, v. GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982, p. 30 y ss.

³ Esta reforma, a través de la Ley 3/1989, de 21 de julio, de Actualización del Código Penal (derogado), es la que significó una total ruptura con la tradición legislativa.

⁴ Mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal.

⁵ Tan es así que MUÑOZ CONDE hasta la 10ª edición de su obra *Derecho Penal. Parte Especial*, sin prescindir de la libertad sexual, mantenía que el bien jurídico protegido en estos delitos era la moral sexual colectiva, y actualmente *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Valencia, 2009, p. 196, utiliza la moral sexual para contextualizar los comportamientos sexuales subsumibles en los tipos penales. Y algunas resoluciones jurisprudenciales ponían también el acento en la afectación de la conducta a la moral sexual, v. SSTS de 6 de mayo de 1988 y de 17 de octubre de 1988. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 175, consideraban que, siendo el bien jurídico protegido la moral sexual (p. 170), «la ley acude en defensa del individuo tan sólo cuando la voluntad de éste es contraria a la realización de los actos impúdicos y en razón precisamente a que se trata de actos inmorales desde el punto de vista sexual».

⁶ Ampliamente Díez Ripollés, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, p. 12 y ss.

⁷ V. COBO DEL ROSAL, *El delito de rapto*, Comentarios a la legislación penal, tomo II, Madrid, 1983; CASAS NOMBELA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la PANCP*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 6, monográfico, 1983.

⁸ V. extensamente Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, 1985, p. 24 y ss.

edad. La reforma se aprovecha también para revisar el delito de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. Y asimismo, mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, se da una nueva redacción a los delitos de violación —recuperando su *nomen iuris*— y de abusos sexuales agravados y atenuado, se modifica penológicamente el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, se dota de nuevo contenido el delito de determinación al ejercicio de la prostitución mediante coacción, engaño o aprovechando la vulnerabilidad de la víctima, trasladando el tráfico de personas para su explotación sexual a los delitos cometidos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP), así como tipificándose nuevas acciones de tráfico o posesión de material pornográfico.

La última reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, continúa por la senda meramente represiva al elevar los límites mínimos de las penas de prisión de las agresiones sexuales básicas del art. 178 del CP y de los tipos agravados (art. 180), y otorgando autonomía punitiva a los atentados sexuales a menores de trece años al añadir un nuevo Capítulo II bis, relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años

El Título VIII del Libro Segundo del Código penal vigente está dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y se estructura en siete capítulos⁹; el primero de ellos tiene por objeto las agresiones sexuales, que constituyen los comportamientos delictivos más graves y que van a ser el objeto de nuestra atención en este trabajo.

II. LA DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES

El legislador de 1989¹⁰, asumiendo los postulados doctrinales y de la práctica jurisprudencial, sustituye la antigua rúbrica «delitos contra la honestidad» por la de «libertad sexual», con el específico propósito de hacerla coincidir con el bien jurídico protegido¹¹. Diez años después de aquella fecha, el legislador ha pretendi-

⁹ Resulta llamativo que el Título VIII conste de 19 artículos, algunos de ellos bastante extensos; de ello puede deducirse tanto el detenimiento del legislador en la tipificación de esta materia como la todavía tosca técnica legislativa utilizada (cfr. el número de artículos dedicados a otras figuras delictivas: homicidio y sus formas: 6; aborto: 4; lesiones: 11; lesiones al feto: 2; manipulaciones genéticas: 4; libertad: 10; torturas y delitos contra integridad moral: 5).

¹⁰ V. BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 135 y s.; MUÑOZ CONDE/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 19 y ss.

¹¹ V. en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de Actualización del Código Penal y también la Exposición de Motivos del CP de 1995. A pesar de la antigua rúbrica, doctrina y jurisprudencia venían entendiendo que era la libertad sexual la lesionada por la ejecución de los comportamientos delictivos, v. GONZÁLEZ RUS, *La violación*, p. 250 y ss., y SSTs de 10 de mayo y de 24 de octubre de 1988.



do incluso ser más preciso y por ello modifica de nuevo la rúbrica del Título VIII del CP para añadir junto a la libertad sexual la «indemnidad sexual». Tal hecho, no obstante, a pesar de que aparentara dividir o ampliar el ámbito jurídico-penal de protección de la materia sexual¹², lo que ha venido es a ofrecer una mayor concreción del bien jurídico en función de los sujetos titulares del mismo (menores e incapaces)¹³.

Si la determinación y delimitación del bien jurídico protegido en una figura delictiva se hace necesaria siempre, en los delitos contra la libertad sexual resulta todavía más imprescindible, porque, aparte de tratarse de una libertad con matices difusos, en la tipificación de las conductas delictivas que atentan contra aquélla, como se verá, se ha recurrido de modo excesivo a elementos normativos desprovistos de un contenido inequívoco, lo que obliga ineludiblemente a contextualizar y comprender lo que deba entenderse por cada uno de ellos¹⁴.

Por otra parte, el propio legislador reconoce que no todas las figuras delictivas incluidas en el Título VIII atacan la libertad sexual, sino que también atentan contra la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces¹⁵. En el ámbito jurídico-penal el ejercicio de la sexualidad debe configurarse como un atributo de la libertad y la libre disposición de la sexualidad no existe cuando se violenta o intimida a la persona o también cuando ésta carece de la capacidad para consentir un comportamiento de naturaleza sexual, como les ocurre a menores e incapaces que se encuentran, los primeros, sujetos a un proceso dinámico de formación de su auto-determinación sexual y, los segundos, en una fase, a veces estática, de insuficiente o inadecuado desarrollo personal.

Pues bien, existe un mayoritario consenso doctrinal y jurisprudencial en que el bien jurídico protegido en las conductas delictivas del Título VIII lo constituye la libertad sexual o, más exactamente, la libertad e indemnidad sexuales, como señala ahora su rúbrica¹⁶. Sin embargo, debe separarse lo que sea en toda su exten-

¹² V. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 191. Niegan tal ampliación CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, tomo I, Barcelona, 2004, p. 313.

¹³ Aun así Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, p. 29, considera superflua la inclusión de la indemnidad sexual en la rúbrica relativa a los delitos sexuales; el mismo, *Comentarios*, p. 235 y ss.

¹⁴ Para tal tarea algunos criterios manejados por la doctrina pueden verse en Díez Ripollés, *El Derecho penal ante el sexo*, p. 118 y ss. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 196, señala que el contexto valorativo vendrá dado por la «moral sexual».

¹⁵ Así lo declara en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1999, de 30 de abril que reformó el CP.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 196, con matices; ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 2008, p. 213; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 107; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. Gonzalo Quintero Oivares), 7ª ed., Pamplona, 2008, p. 288; GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995*, CPC (1996), p. 324; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid, 1998,

sión la libertad sexual de aquélla que resulta protegida por el Derecho penal. La libertad sexual se configura, desde su perspectiva positiva, como facultad subjetiva de disposición del propio cuerpo para mantener relaciones sexuales sin otro límite que la libertad de terceros, y, desde su perspectiva negativa, como facultad para rechazar relaciones sexuales no deseadas¹⁷. El Derecho penal no protege completamente la libertad sexual en su faceta positiva específicamente a través de los delitos sexuales, pues éstos no castigan, por ejemplo, los actos de perturbación del ejercicio de la libertad sexual (un tercero obliga a una pareja a desistir de sus prácticas sexuales)¹⁸, ni introduce medidas de promoción del ejercicio de la sexualidad¹⁹. Por ello no parece convincente la opinión de que el bien jurídico protegido se concreta en la libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y en la facultad de repeler las agresiones sexuales ajenas²⁰, pues la disposición del cuerpo no pertenece exclusivamente al ámbito de la libertad sexual, sino también a la libertad de obrar en general. Por otro lado, el Derecho penal no reconoce el libre ejercicio de la sexualidad a determinadas personas (menores e incapaces), resultando además irrelevante su rechazo o aceptación de las relaciones sexuales²¹.

Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, la legislación penal trata, ante todo, de garantizar un ejercicio de la sexualidad *en libertad*²². Ha de presumirse, entonces, que desde el punto de vista jurídico-penal se ejercita libremente la sexualidad en tanto se involucra a terceros con libertad en un comportamiento de naturaleza sexual. Y los delitos sexuales pretenden acotar los comportamientos que implican para un tercero su intervención de modo no libre en un comportamiento de naturaleza sexual; es decir, protegen el derecho a que no se le involucre en el ejercicio de la actividad sexual ajena sin su propia voluntad. Sucederá así, por ejemplo, cuando se impone la participación del tercero utilizando violencia o intimidación o cuando se prescinde

p. 101 y s.; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal español, Parte Especial* (coord. Manuel Cobo del Rosal), 2ª ed., Madrid, 2005, p. 240 y s.; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia* (coords. Antonio del Moral García e Ignacio Serrano Butrageño), tomo II, Granada, 2002, p. 1436; CANCIO MELIÁ, *Comentarios al Código penal* (dir. Gonzalo Rodríguez Mourullo y coord. Agustín Jorge Barreiro), Madrid, 1997, p. 514; BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, 1999, p. 12; POLAINO ORTS, *Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995. Especial consideración de la Ley Orgánica 11/1999*, de 30 de abril, CPC (1999), p. 160 y s.

¹⁷ Sobre estas y otras concepciones de la libertad sexual v. con detenimiento GONZÁLEZ RUS, *La violación*, p. 236 y ss.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995*, p. 107 y s.; DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso en el Código penal de 1995*, AP (1996), p. 613. También así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 333, aunque basándose en que el tipo del art. 178 CP requiere contacto corporal de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo.

¹⁹ Similar ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 214. Sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 23, considera que el aspecto positivo de la libertad sexual se protege en tanto el Derecho penal despenaliza aquellas conductas sexuales que no atentan a la libertad de los demás.

²⁰ V. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 101 y s.

²¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *La violación*, p. 248.

²² DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 28.



de su consentimiento. Por ello creo que los tipos penales del Título VIII protegen la libertad sexual en su faceta negativa, lo que en modo alguno significa que la libertad sexual no comprenda la facultad o derecho a realizar libremente la actividad sexual, pero tal faceta no la protege íntegramente el CP mediante los delitos que comentamos²³. Si los ataques a la libertad sexual deben proceder de comportamientos sexuales de otro contra la voluntad de la víctima (con violencia o intimidación o sin su consentimiento), parece que el CP tutela la libertad sexual en su faceta de rechazo a las intromisiones en su ámbito. Por otro lado, para que pueda ejercerse la libertad sexual no se requiere la intervención de dos personas, ni debe circunscribirse a la libre disposición de su cuerpo, pues en algunos delitos sexuales el cuerpo de la víctima ni siquiera es objeto del ataque sexual (exhibicionismo y difusión de material pornográfico).

Pero el legislador, como reclamaba la doctrina²⁴, se refiere también a la *indemnidad sexual* para atribuírsela a los sujetos que *no tienen* libertad sexual, en tanto no se les reconoce capacidad para ejercerla libremente, tal como les ocurre a los menores e incapaces cuando son sujetos pasivos del delito^{25, 26}. Díez RIPOLLÉS señala que en estos casos también se protege la libertad sexual, pues el Derecho penal prohíbe conductas sexuales con personas insertas en una situación carente de libertad²⁷. Como los menores e incapaces no poseen o no se les reconoce la capacidad para ejercitar libremente su sexualidad, no se les tutela directamente una libertad fáctica inexistente, sino su indemnidad sexual con la finalidad de preservar para el futuro un libre ejercicio de la sexualidad²⁸. Esto no quiere decir, sin embargo, que la libertad sexual, como manifestación de la libertad en general, sólo esté atribuida a sujetos que tengan capacidad para ejercerla. En realidad, *todas* las personas —incluidas los menores e incapaces— tienen reconocida la libertad sexual²⁹, su derecho

²³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996, p. 125 y s.

²⁴ V. por todos GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 324.

²⁵ Lo cual no quiere decir que hasta ahora no se la atribuyera, v. STS de 4 de febrero de 1997, entre otras, donde se señala que se lesiona la libertad sexual del menor al haberse afectado su proceso de formación y desarrollo sexual como componente de su personalidad.

²⁶ STS de 8 de febrero de 1995 cita la STS de 7 de diciembre de 1989, exigiendo diferencia.

²⁷ Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 29. Similar TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Pamplona, 2000, p. 66 y ss. Asimismo, CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas dontr los delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 2006, p. 178, sostiene que el concepto de «indemnidad sexual» se integra dentro del término «libertad sexual» como aspecto negativo.

²⁸ Así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 341. Por ello MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Valencia, 2005, p. 52, propone de *lege ferenda* la sustitución del término «indemnidad sexual» por el de «seguridad sexual» al adaptarse más al objeto de protección.

²⁹ V. SÁNCHEZ TOMÁS, *Los abusos sexuales en el Código penal de 1995: en especial sobre sobre un menor de doce años y abusando de su trastorno mental*, CPC (1997), p. 110 y s.; POLAINO ORTS, *Los delitos sexuales*, p. 159 y ss.

a la autodeterminación sexual³⁰; cuestión distinta es la de su disposición en donde influye su desarrollo o madurez.

Incluso existen algunos delitos sexuales que no afectan a la libertad sexual. El delito de acoso sexual sólo tiene de sexual la petición del sujeto activo, pero la conducta típica por sí misma no supone siempre la limitación de la libertad sexual del portador del bien jurídico. Y ello se comprueba, por ejemplo, cuando se declara delictivo el simple hecho de solicitar para otro un favor sexual que resulte humillante u hostil para la víctima (art. 184.1 CP).

Por consiguiente, delimitado así el bien jurídico, titulares del mismo son, sin restricción alguna, todas las personas nacidas y vivas³¹, incluidas, por supuesto, las personas que ejercen la prostitución³² y las mujeres u hombres casados frente a los ataques de sus parejas³³. Ahora bien, parece que la plenitud en la atribución de la libertad sexual se alcanza una vez cumplidos los dieciocho años y sin déficit psíquico, aunque a partir de los trece ya se reconoce eficacia al consentimiento en las prácticas sexuales³⁴.

³⁰ Precisamente la STS de 22 de mayo de 1998 señala que las agresiones sexuales, en el caso de los menores, afectan al normal desarrollo y formación de su vida sexual.

³¹ El atentado sexual sobre un cadáver a lo que podría dar lugar es al delito de profanación de cadáveres previsto en el art. 526 CP.

³² V. STS de 23 de enero de 1997.

³³ Bajo la vigencia del CP derogado de 1973 se llegó a declarar la atipicidad o falta de antijuricidad de la violación conyugal, v. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 304 y s. La doctrina, v. por todos ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 219, y la jurisprudencia, v. SSTs de 23 de febrero de 1993 —citada por OLMEDO CARDENETE, *Matrimonio y libertad sexual (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)*, La Ley (1998), p. 1871—, de 23 de mayo de 1995, de 8 de febrero de 1996, de 29 de abril de 1997 y de 28 de abril de 1998, no albergan duda sobre la tipicidad de esa conducta. Sin embargo, el CP alemán (§ 177) tipifica el yacimiento *extramatrimonial* violento; lo mismo el CP suizo (art. 187.1) y el austriaco (§ 201.1). En la actualidad, algunos autores denuncian cierta práctica judicial española de apreciar error de prohibición o aplicar la atenuante mixta de parentesco al marido que comete violación con su esposa, v. SAN MARTÍN LARRINOVA, *La violación en el matrimonio*, CPC (1997), p. 503 y s.; OLMEDO CARDENETE, *Matrimonio y libertad sexual*, La Ley (1998), p. 1873 y s.; CARMONA SALGADO, *Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1998, p. 665 y ss. Cfr., sin embargo, MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 62, proponiendo de *lege ferenda* precisamente lo contrario, esto es, que el parentesco se aprecie como agravante con base en el abuso de confianza.

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 237, estima, sin embargo, que a los menores de 13 años y a los trastornados se les reconoce parcialmente el ejercicio de la libertad sexual al atribuírsele especial relevancia punitiva al vencimiento de su voluntad contraria a mantener determinadas relaciones sexuales, dado que la resistencia del menor o incapaz o la aceptación bajo amenaza de la relación sexual transforma un abuso sexual en agresión sexual —notablemente más penada—. Sin embargo, no puede identificarse la resistencia al uso de la violencia para imponerle un comportamiento sexual o consentir bajo amenaza de ejercicio parcial de la libertad sexual, pues en todo caso el comportamiento del menor o incapaz se proyecta sobre la restricción de la libertad, atacada frontalmente por la violencia o intimidación, que sobre una autodeterminación responsable —libre— del ejercicio de la sexualidad.



III. AGRESIÓN SEXUAL

La expresión «agresiones sexuales» aparece como novedosa en la reforma de 1989 del Código penal, reproducida con otro contenido en el CP de 1995, y da nombre a una figura delictiva cuya particular característica viene determinada por los medios utilizados para atentar contra el bien jurídico protegido: la violencia o intimidación³⁵. Las agresiones sexuales se tipifican en los artículos 178 —tipo básico— y 179 —tipo agravado constitutivo de violación— del Código penal; su art. 180 establece un catálogo de subtipos agravados de las agresiones sexuales básicas y del delito de violación en las que predominan criterios criminológicos y victimológicos.

El art. 178 del CP dispone: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años».

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La falta de taxatividad del tipo penal es lo primero que llama la atención de este precepto³⁶, que califica como agresión sexual *atentar contra la libertad sexual* de otra persona con violencia o intimidación³⁷.

De una primera lectura, pues, podría inferirse que el art. 178 CP ofrece una protección absoluta de la libertad sexual, en sentido amplio, en cuanto se actúe violentamente contra ella, pero supondría la errónea conclusión de que cualquier atentado violento contra la libertad sexual constituye agresión sexual³⁸. La acción —atentar contra la libertad sexual— sin utilizar violencia o intimidación queda siempre fuera del tipo penal; por ello, ni los medios son accesorios a la acción típica, sino fundamentales, ni realmente el núcleo del delito lo constituye el atentado sexual.

GONZÁLEZ RUS configura las agresiones sexuales como comportamientos sexuales *no consentidos* y violentos³⁹. El art. 178 alude sólo a la utilización de violen-

³⁵ Las agresiones sexuales vienen a constituir la refundición de dos delitos de la legislación derogada violación y agresión sexual (abusos deshonestos), aunque relegan alguno de los supuestos de violación a los actuales abusos sexuales.

³⁶ Así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 331; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 247; ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 220.

³⁷ DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 601, advierte de la tautología en la que ha incurrido el legislador también en los abusos sexuales puesto que el tipo penal nada aclara cuando bajo el epígrafe «delitos contra la libertad sexual» señala que agresión sexual es un atentado contra la libertad sexual.

³⁸ Sobre lo distorsionante de la mención del bien jurídico en el tipo, v. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 290, pues podría pensarse que impedir a otro u otros ejercitar su libertad sexual sería constitutivo de delito.

³⁹ SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, La Ley (1992), p. 1067, exige asimismo la ausencia de consentimiento en el delito de violación, si bien aquel requisito no lo prevé el tipo penal (antiguo art. 429.1º CP 1973 = art. 179 CP vigente); dato



cia o intimidación y no a la falta de consentimiento, a diferencia de lo que establece el art. 181 para los abusos sexuales, a los que caracteriza como atentados contra la libertad o indemnidad sexual sin violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento del ofendido. Con ello pone de relieve la posible concurrencia de la violencia o intimidación con el consentimiento de la víctima en un mismo acto sexual, lo que implicaría la imposibilidad de hablar de atentado contra la libertad sexual al aceptarse *libremente* el acto sexual violento, hasta el punto de que se produciría la situación de que un menor o incapaz podrían no ser sujetos pasivos de la agresión sexual cuando consintieran un acto sexual violento⁴⁰.

Desde mi punto de vista esta hipótesis no cabe plantearla porque la violencia o intimidación a que se refiere el art. 178 CP y el consentimiento son incompatibles en un mismo acto sexual. En primer lugar, me parece que no puede definirse la agresión sexual como comportamiento sexual no consentido y violento, sino que, en su caso, habría que completarlo —puesto que el CP así lo hace— como no querido, violento o *intimidatorio*. Pero, en segundo lugar, la violencia o intimidación referidas son las que doblegan la voluntad del sujeto pasivo para propiciar el acto sexual requerido por el sujeto activo del delito, con lo que resultan abstractamente irrelevantes la edad y condiciones del sujeto pasivo; si la violencia o intimidación no se dirigen a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sino a acompañar la manifestación del acto sexual, no cabe hablar de violencia o intimidación en sentido típico y, naturalmente, esa violencia podrá o no estar consentida por el sujeto pasivo⁴¹.

Sujetos activos y pasivos del delito de agresión sexual pueden serlo tanto el hombre como la mujer, puesto que uno y otro son titulares del bien jurídico protegido, sin necesidad de que las conductas recaigan sobre un sujeto de diferente sexo, aunque la cualidad del sujeto pasivo tiene relevancia en orden a la aplicación de algunas agravaciones de este delito (art. 180 y 183 CP).

2. QUÉ ES UN ATENTADO SEXUAL

Por agresión sexual, a los efectos del art. 178 del CP, puede entenderse todo comportamiento de naturaleza sexual impuesto al sujeto pasivo con violencia o intimidación que quebrante su autodeterminación sexual, siempre que no suponga acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, pues en tales supuestos realizaría el tipo del art. 179 del CP. Se trata de un delito de mera actividad⁴² en el que principalmente resultan controvertidas las cues-

este último que utiliza, sin embargo, para descartar del tipo la exigencia de amenaza en la violación intimidatoria y para descartar que el ánimo lúbrico sea elemento subjetivo de ese delito (p. 1069).

⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, pp. 325-328. Afortunadamente la reforma de 2010 lo deja muy claro ahora en el art. 183.2 CP.

⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 328 y s.

⁴² Así CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 251; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2005, p. 95; LAMARCA PÉREZ, *Derecho*

tiones relativas, por un lado, a la necesidad de contacto corporal entre autor y víctima y, por otro, al grado y la clase de violencia o intimidación necesarios.

La jurisprudencia ha venido considerando que la agresión sexual requiere siempre *contacto corporal* entre los sujetos activo y pasivo⁴³. MUÑOZ CONDE considera que el término «atentado contra la libertad sexual» precisamente exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, excluyendo del ámbito típico de las agresiones sexuales conductas como obligar a otro a realizar contactos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, remitiéndolas a los delitos contra la libertad en general (amenazas, coacciones, etc.)⁴⁴. Una opinión doctrinal, originariamente minoritaria y elaborada con anterioridad a la vigencia del CP de 1995, estimaba, sin embargo, que dicho contacto corporal era innecesario en algunos supuestos, pretendiendo con ello ofrecer una más amplia tutela al bien jurídico protegido⁴⁵.

La configuración típica de la agresión sexual no deja hoy duda alguna, pese a la ambigüedad que cualquier figura jurídica puede engendrar⁴⁶, de que resulta suficiente un atentado violento o intimidatorio contra la libertad sexual sin que su realización requiera el contacto corporal entre autor y víctima o entre este último y un tercero, pues simplemente con la utilización del cuerpo de la víctima (obligarla a masturbarse) ya se realiza una conducta que, al igual que las otras, compele a expresar o soportar un acto perteneciente al ejercicio de la libertad sexual de cada uno⁴⁷; el propio Código penal, cuando tipifica la introducción de objetos por vía vaginal o anal como modalidad del delito de violación, no está exigiendo ese contacto físico, ni necesariamente debe interpretarse que el objeto introducido por dichas vías suponga una extensión del cuerpo del agresor. Sin embargo, sólo puede hablarse de atentado sexual cuando se utilice físicamente el cuerpo de la víctima de un modo activo por parte de ésta⁴⁸; deben, por ello, desmarcarse de los atentados contra la libertad sexual aquellos comportamientos restrictivos de la *libertad* que tengan por objeto presenciar

Penal. Parte Especial, 3ª ed., Madrid, 2005, p. 153; JIMÉNEZ VILLAREJO, *Comentarios al Código Penal*, t. 2 (dir. Cándido Conde-Pumpido Tourón), Barcelona, 2007, pp. 1273 y 1275. Estima el TS, por el contrario, que las agresiones sexuales constituyen delitos de resultado, v. SSTS de 4 de febrero y 4 de octubre de 2005.

⁴³ V., entre otras, las SSTS de 6 de febrero y de 13 de marzo de 1995, y el Auto del TS de 14 de mayo de 1997.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 198. También así QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 127; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2009, p. 217; JIMÉNEZ VILLAREJO, *Comentarios al Código penal*, p. 1273 y s., quien cita una única sentencia del Tribunal Supremo —la nº 1484/2001— admitiendo la tipicidad del atentado sexual —referido a abusos sexuales— a pesar de la inexistencia de contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo.

⁴⁵ V. CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, p. 78 y ss.

⁴⁶ V. CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 247; cfr. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 291 y s.

⁴⁷ CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal-I*, p. 326, ponen de manifiesto que el tradicional entendimiento de estos delitos como de propia mano ha influido en la exigencia de un contacto físico entre autor y víctima.

⁴⁸ Similar GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 332 y s.

prácticas sexuales ejecutadas por otros⁴⁹, incluso aunque exista contacto de fluidos corporales provenientes de un comportamiento sexual (por ejemplo, recibiendo exclusivamente la víctima sobre su cuerpo el semen eyaculado por el agresor).

En consecuencia, cabe concluir que el contacto corporal entre los sujetos del delito no resulta necesario para calificar un comportamiento como atentado contra la libertad sexual del art. 178 del CP, porque tampoco el ejercicio normal de la libertad sexual impone necesariamente la concurrencia de dos personas⁵⁰. Si se realizaran actos de exhibicionismo o provocación sexual que tuvieran una relación directa con la agresión sexual, sólo existiría un concurso de leyes⁵¹. La agresión sexual básica (art. 178) se consume con el atentado violento o intimidatorio a la libertad sexual, con lo cual cabe apreciar la tentativa en este delito en cuanto se utilice la violencia o intimidación para propiciar el atentado sexual⁵².

Entre los actos constitutivos de atentado sexual, donde primarán las concepciones ético-sociales vigentes en cada momento, pese a la teórica amplitud con que se regula, se exige cierta entidad de los mismos para que lleguen a afectar al bien jurídico con gravedad, relegando los atentados leves, donde resulta menos primario el carácter sexual del comportamiento, a la falta de vejaciones injustas del art. 620.2 CP⁵³. Los atentados sexuales típicos del art. 178 más frecuentes son los tocamientos

⁴⁹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 123 y s. Téngase en cuenta que el exhibicionismo sólo es punible ante menores o incapaces (art. 185), y que siempre que se presencian comportamientos sexuales de otros no se está ejercitando la libertad sexual de uno mismo. V. también MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 292. Cfr. DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 104.

⁵⁰ Así ya ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 222; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 103 y s.; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal (PE)*, p. 95; MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 79; CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas*, p. 203.

⁵¹ Así ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 234 y s., citando la STS de 28 de marzo de 2001.

⁵² V. SSTS de 13 de marzo y de 22 de diciembre de 1995. Sin embargo, la STS de 12 de julio de 1995 no apreció tentativa, pese a existir intimidación, señalando que no estaba próximo el peligro de que pudiera realizarse el mal por faltar proximidad física y por existir una posibilidad de evasión de forma sencilla, debiendo estimarse un acto preparatorio impune de agresión sexual (aunque sí delito de amenazas condicionales); el supuesto en concreto se resume, casi literalmente, así: desde una moto un sujeto, tras preguntarle la hora a la víctima, le invitó a subirse porque «la iba a follar», y por no hacer caso de su propuesta, le dijo que iba en serio y le exhibió una navaja con gesto amenazador, si bien la atacada reaccionó rápidamente y pudo despistarse corriendo y escondiéndose en un portal. En otra posición de sitúa CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas*, p. 207, señalando que con el ejercicio de la intimidación verificándose sus efectos se consume la agresión sexual, aunque no se realice la conducta sexual pretendida por el autor, partiendo de que el bien jurídico —libertad— ya quedó lesionado. No parece muy acertado tal criterio, pues vencer la voluntad contraria de la víctima en el sentido de aceptar un comportamiento sexual por parte del autor no alcanza la antijuricidad específica que requieren los delitos sexuales, que no se sujeta exclusivamente a decisiones sexuales, sino a comportamientos que tengan naturaleza sexual.

⁵³ Así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 332. La jurisprudencia señala que los actos libidinosos atentatorios contra la libertad sexual, en principio, no son reconducibles a la



violentos en zonas íntimas o erógenas⁵⁴, los besos, tocamientos en senos, órganos genitales, pubis o nalgas, siempre que de ellos pueda acreditarse que se inscriben en un contexto expresivo de la sexualidad.

De otro lado, la posibilidad de cometer la agresión sexual mediante un comportamiento omisivo se ha negado con base en diferentes argumentos. Por un lado se ha señalado que la expresión utilizada por el tipo —agresión— y su propia dinámica impiden una conducta típica omisiva y, por otro, estrictamente, no cabe la autoría en comisión por omisión al no existir equivalencia⁵⁵ y, además, porque se trata de un delito de mera actividad y el art. 11 CP impide su realización⁵⁶, aunque sí cabe la participación en comisión por omisión⁵⁷.

3. ¿QUÉ VIOLENCIA EXIGE EL ATENTADO SEXUAL?

La libertad sexual constituye un bien jurídico disponible; por tanto, las lesiones al mismo únicamente pueden producirse cuando el acto, de contenido o significación inequívocamente sexual, venga instrumentado de violencia o intimidación; sin embargo la sola violencia en el comportamiento sexual, por sí misma (sadismo, etc.), no constituye el elemento típico de la agresión sexual⁵⁸; el consentimiento del sujeto pasivo propiciará generalmente la falta de tipicidad de la conducta por el ejercicio de tal violencia, si bien no alcanza a los resultados lesivos graves que pueda causar; pero entiéndase: el consentimiento no puede concurrir con la violencia o intimidación típicas del art. 178, pues éstas, por su finalidad, excluyen aquél. Por ello resulta intrascendente en este delito si los menores o incapaces pueden o no consentir válidamente⁵⁹.

En la violencia queda comprendida la utilización de la fuerza física —*vis physica*— como medio para perpetrar el atentado sexual⁶⁰. El ejercicio de la violencia

falta de vejaciones injustas, salvo, excepcionalmente, en aquellas conductas realizadas fugazmente y de poca entidad, v. STS de 15 de diciembre de 2009.

⁵⁴ V. SSTS de 21 de enero, 30 de abril, de 14 de mayo, de 25 de junio, todas ellas de 1997.

⁵⁵ GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 334, no admite la omisión porque la violencia o intimidación la realice, por acción, el autor del atentado sexual, aunque considere que la agresión sexual es un delito de simple actividad, el cual, conforme al art. 11 del CP, nunca podría ser cometido en comisión por omisión. Para Díez RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 301, también cabe la comisión por omisión en concepto de autoría si concurre la posición de garante, estimando que existe equivalencia con la conducta activa cuando hubiera una previa situación intimidatoria no creada por el autor.

⁵⁶ No lo considera así el TS, castigando la violación en comisión por omisión a quien tenía la posición de garante, v. STS 19 de enero de 2007.

⁵⁷ V. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal-I*, p. 317.

⁵⁸ V. GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 325; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, p. 113.

⁵⁹ Cfr., no obstante, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 218.

⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 129, también considera como modalidad de violencia la privación de razón o sentido, por ejemplo suministrando narcóticos a la víctima; sin

determina la falta de autonomía de la voluntad del sujeto pasivo para posicionarse y hacerla prevalecer frente al comportamiento sexual que le es requerido o se proyecta sobre él. De ello no se deriva que la *resistencia* de la víctima deba integrar un elemento típico necesario para medir y contrarrestar la eficacia de la violencia⁶¹; sin embargo, debe quedar patente la voluntad contraria de la víctima al acto sexual⁶², e incluso en algún caso puede admitirse la existencia de dicha voluntad cuando la fuerza ejercida elimina la posibilidad de manifestar el rechazo⁶³ o se trata de menores de edad⁶⁴.

Por otro lado, dos tesis se sostienen respecto al grado de violencia necesario para integrar este elemento típico. Un sector doctrinal considera que la violencia debe medirse cuantitativamente, es decir, en función de la mayor o menor fuerza

embargo, la privación de sentido la incluye el CP como modalidad de abuso sexual no consentido (art. 181.2), cosa que inexplicablemente admite este autor en el ejemplo mencionado (p. 147).

⁶¹ V. SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, La Ley (1992), p. 1067. Sí lo es para Díez Ripollés, *Comentarios*, p. 289 y s., exigiendo que la oposición de la víctima al acto sexual dé lugar a una *efectiva resistencia* o, cuando menos, una previsión de que se va a resistir, no siendo suficientes la mera inexistencia de consentimiento o constancia de oposición de la víctima. Sí lo era para GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 330, considerando la resistencia como elemento implícito del delito en ciertos casos, concretamente en aquéllos en que no consta acreditada la falta de consentimiento de la víctima. Cfr., sin embargo críticamente ahora GONZÁLEZ RUS, *¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales*, en Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat (coords. Carlos García Valdés y otros), tomo II, Madrid, 2008, p. 2014 y ss. V. SSTS de 6 de octubre de 1994 y 23 febrero 1995 y Auto de 10 de septiembre de 1997. Además, mediante acuerdo del Pleno de la Sala Penal del TS adoptado en la Junta General del día 24 de mayo de 1991, se optó por omitir toda referencia a la resistencia de la víctima.

⁶² Así GONZÁLEZ RUS, *¡No!, y basta*, p. 2032. V. SSTS de 3 de febrero de 1995, de 28 de septiembre de 1996 y de 30 de enero de 1997. Señala la STS de 29 de septiembre de 1994 que «es suficiente con que la mujer manifieste con actos o palabras su rechazo al acto sexual para que, si éste por la fuerza física o la intimidación se produce, el delito se realice».

⁶³ V. STS 12 de julio de 1994, en que la brutal paliza, propinada por el autor antes de consumar la violación, eliminó la posibilidad de manifestar su rechazo a la víctima. GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 329, considera atípicas por agresión sexual «las relaciones con personas incapacitadas para resistir, tanto si es por imposibilidad derivada de las condiciones del sujeto pasivo (persona parapléjica) como si lo es por el comportamiento previo de un tercero no partícipe en el hecho (víctima atada), dado que en supuestos de este tipo no concurre la violencia o intimidación que requiere el delito». V. también ORTS BERENQUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 228. Considero, no obstante, que la persona incapacitada no debería excluirse como sujeto pasivo de la agresión sexual; primero, porque se puede ejercer intimidación sobre ellas y, segundo, porque el autor puede utilizar la fuerza física (trasladar a la víctima a un lugar en que no sea visto) y el tipo no exige como contrapartida que la víctima utilice asimismo fuerza física para oponerse. LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 152, distingue entre si las situaciones de incapacidad de la víctima para resistirse es provocada por el sujeto activo o un tercero, o si tiene lugar por causas naturales —parálisis— pero pudiendo expresar su oposición a la conducta de la agresión, de aquellas otras en que no resulta posible manifestar oposición alguna —desmayo, sueño, privación de sentido—, en cuyo caso se estaría no ante una agresión sino ante un abuso sexual.

⁶⁴ La STS de 9 de febrero de 1998 señala que puede no existir resistencia en menores cuando el sujeto activo se vale de su mayor poderío y vigor.



utilizada⁶⁵. Otro sector estima que debe atenderse a la aptitud de la violencia ejercida para doblegar la voluntad de la víctima⁶⁶. Sin embargo, lo uno no puede prescindir de lo otro; una determinada violencia podría no servir para doblegar la voluntad de un sujeto, pero sí para otro, entiéndase aquella en términos cuantitativos o cualitativos⁶⁷. Por eso será necesario atender tanto al grado como a la clase de violencia ejercida en función de las circunstancias concurrentes⁶⁸. De este modo puede concluirse que:

- a) La fuerza no tiene por qué ser irresistible⁶⁹.
- b) No es necesario que la violencia acompañe todo el proceso ejecutivo de la agresión sexual.
- c) Tampoco es imprescindible que la oposición de la víctima se mantenga durante la ejecución del comportamiento delictivo, por ser imposible⁷⁰ o porque carece de utilidad al mezclarse con la intimidación⁷¹.
- d) No se requiere que queden vestigios de la fuerza física empleada⁷². Las meras faltas de malos tratos de obra sin causar lesión (art. 617.2 CP) quedan absorbidas en la violencia de la agresión sexual, pues resultan en cierto modo inherentes a ese elemento típico⁷³. Sin embargo, cabe apreciar un concurso de delitos cuando a consecuencia del ejercicio de la violencia se producen lesiones físicas, enfermedad⁷⁴ o muerte. Si previamente se comete una detención ilegal para perpetrar con posterioridad la agresión sexual también se

⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, p. 288 y s., exigía la aplicación de *vis absoluta* o la violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia mayor será la energía física que aplicará el delincuente. Le sigue MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 200.

⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, *La violación*, p. 356 y s.; ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 227; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 293; DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 106 y s.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 128; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 218.

⁶⁷ V. SSTS de 16 de mayo y de 15 de diciembre de 1995.

⁶⁸ V. la doctrina jurisprudencial de este elemento en la STS de 24 de junio de 2008. La STS de 14 de diciembre de 2009 aprecia la violencia en víctima con edad comprendida entre los cinco y siete años cuando el autor la coge fuertemente por los hombros y la zarandea para que se dejara hacer, teniendo en cuenta que autor y víctima se encontraban solos en la casa, la gran diferencia de edad entre ellos y ser el agresor pareja sentimental de la madre de la víctima.

⁶⁹ V. SSTS de 15 de marzo de 1993, 4 de julio de 1994 y de 13 de diciembre de 1995, de 27 de febrero de 1997, de 28 de abril de 1998, de 7 de octubre de 1998 y de 30 de noviembre de 1998.

⁷⁰ Por ejemplo cuando se golpea sin dar posibilidad de oponerse y luego se consuma la agresión, como apunta QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 128. V. En tal sentido la STS de 24 de noviembre de 2009, en que uno de los coautores deja a través de un puñetazo semiinconsciente previamente a la víctima para luego consumir la agresión sexual.

⁷¹ V. SSTS de 6 de octubre de 1994, 3 de febrero de 1995 y de 28 de febrero de 1997.

⁷² En este sentido las SSTS de 27 de abril, de 13 de septiembre y de 7 de noviembre de 1995 y la de 4 de diciembre de 1999.

⁷³ Así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 334. V. también STS de 7 de noviembre de 1997.

⁷⁴ En los supuestos de lesiones psíquicas causadas por la agresión sexual, generalmente diagnosticadas como stress postraumático, trastornos depresivos, estados de angustia, debe estimarse

apreciará concurso real (medial) de delitos⁷⁵, o si se allana la morada para consumir la agresión sexual⁷⁶.

- e) La violencia deberá recaer directamente sobre la víctima —pues sobre otra persona podría constituir intimidación para el sujeto pasivo—.
- f) No es preciso que la violencia la ejerza directamente el sujeto que realiza el ataque sexual.
- g) Debe producirse una relación de causa-efecto dotada de inmediatez temporal entre la violencia y el acto de naturaleza sexual perpetrado.

4. GRADO DE INTIMIDACIÓN QUE REQUIERE EL ATENTADO SEXUAL

La intimidación constituye, junto a la violencia, otro medio para cometer la agresión sexual e implica la utilización de *vis compulsiva*; constituye la amenaza de un mal que produce una constricción de la voluntad del sujeto que llega a perturbar la libre decisión de realizar o consentir la realización de un acto sexual⁷⁷.

Sobre la intimidación, básicamente, puede señalarse lo siguiente:

- a) No precisa una invencible inhibición psíquica de la víctima, sino que resulte eficaz para doblegar la voluntad de la misma⁷⁸, pudiendo concretarse en una pluralidad de actos en un período de tiempo que genere en ella la anulación de su libre proceso decisorio⁷⁹.

que quedan consumidas en lo injusto de la agresión sexual y forman parte de la responsabilidad civil, salvo que las lesiones psíquicas presenten una autonomía y excedan del resultado habitual en este tipo de delitos. Así lo estableció el TS en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003; v. al respecto la STS de 10 de diciembre de 2009. Críticamente GARCÍA VALDÉS/FIGUEROA NAVARRO, *El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica*, en Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal (coords. Juan Carlos Carbonell Mateu y otros), Madrid, 2005, p. 400.

⁷⁵ Así STS de 2 de julio de 1998. Cuando la privación de libertad, aunque sea de poca duración, resulte necesaria para poder perpetrar la agresión sexual, se aprecia concurso medial de delitos (así STS de 10 de diciembre de 2009 en un supuesto en que la agresión sexual requería de manera natural el apartamiento de una zona de viviendas más o menos transitada y aunque sólo fuera para asegurar la impunidad y evitar la presencia de testigos que pudieran intervenir auxiliando a la víctima o solicitar la presencia policial).

⁷⁶ El Tribunal Supremo aprecia concurso medial de delitos, v. STS de 25 de noviembre de 2009.

⁷⁷ De la opinión casi unánime en la doctrina y jurisprudencia de que la intimidación supone una amenaza ha discrepado SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, La Ley (1992), p. 1064, señalando que ni el tipo requiere amenaza ni la intimidación se puede provocar únicamente a través de la amenaza.

⁷⁸ V. STS de 27 de febrero de 1997. La STS de 22 de mayo de 1998 consideró que hubo intimidación en quien amenazó a una niña de cuatro años con pegarle si no *consentía* su acto sexual; la STS de 28 de mayo de 1998, apreció intimidación al encerrar a un menor de doce años en un aseo y a teparle los ojos con un pañuelo para practicar el acto sexual.

⁷⁹ Así STS de 30 de diciembre de 2004.



- b) Resulta suficiente, con carácter general, cuando a la víctima se la amenaza con producirle algún mal inmediato a su vida, integridad corporal o salud; quedan consumidas en el delito las amenazas o coacciones vertidas para intimidar a la víctima⁸⁰.
- c) La intimidación ha de ejercerse sobre la víctima, aunque el mal con que se amenaza pueda recaer sobre un tercero.
- d) Puede realizarse por persona distinta de la que ejecuta el ataque sexual.
- e) La intimidación típica de las agresiones sexuales no concurre cuando tiene por finalidad amedrentar a la víctima para que no cuente a nadie el atentado sexual ya perpetrado⁸¹, en cuyo caso debe apreciarse un delito de amenazas⁸².

La gravedad de la intimidación, la inminencia y la concreción del mal con que se amenaza son las características que dan consistencia a este elemento típico en el que no resulta decisiva la situación anímica de la víctima⁸³. A estos efectos, GIMBERNAT ORDEIG ha puesto de manifiesto con extraordinaria clarividencia que no toda intimidación puede integrarse en el tipo penal pues, tomando como base el delito de violación del CP derogado, señalaba que sólo puede ser aquélla que se estime extraordinariamente grave, y que lo será cuando el mal con que se amenaza implique, al menos, idéntico desvalor al del atentado sexual, exigiendo, además, que el mal con que se amenaza pueda ejecutarlo el sujeto activo con carácter inmediato⁸⁴. Y éste parece ser el criterio de la doctrina mayoritaria, aunque, en algunos casos, poniendo de relieve su excesiva rigidez⁸⁵. Sin embargo, no es ésta la doctrina general de la jurisprudencia, hasta el punto de que, en algún caso, el TS ha admitido la existencia de intimidación sin que el mal sea constitutivo de delito algu-

⁸⁰ V. ORTOS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 236.

⁸¹ V. STS de 6 de octubre de 1998.

⁸² V. STS de 25 de noviembre de 2005.

⁸³ Así por ejemplo, la STS de 27 de septiembre de 1999, no admite como contenido de la intimidación que la víctima tuviera «miedo a represalias» del agente.

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, p. 291 y ss. Por ello consideraba, con base en el CP derogado, que la intimidación requerida para el delito de violación era típica cuando se amenazaba a la víctima con matar, violar o agredir. GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 332, señala, con base en el CP vigente, que la amenaza a la víctima tendría que integrar el delito del art. 169, que tipifica la amenaza de males que constituyan delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. V. la STS de 25 de marzo de 1997. CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas*, p. 192, considera que el contenido de la intimidación tiene que suponer el anuncio de un mal constitutivo de delito contra la vida o la integridad física del sujeto. En parecido sentido, para guardar la paridad y proporcionalidad de la intimidación con respecto a la violencia como medio comisivo de la agresión sexual, GARCÍA VALDÉS/FIGUEROA NAVARRO, *El delito de violación*, p. 387 y s., estiman que el contenido de la amenaza precisamente debe referirse al ejercicio de violencia física, incluyendo los males a la vida, la integridad o la libertad.

⁸⁵ GONZÁLEZ RUS, *La violación*, p. 396 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 200; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 129, con matices en caso de lesiones.

no⁸⁶, como sucedió en el caso en que unos guardias civiles *amenazaron* a una extranjera con proceder al inicio del trámite de expulsión del territorio español si no accedía, como luego hizo, a sus peticiones sexuales⁸⁷ o el padre que amenaza a su hija con suicidarse si no accedía a sus exigencias sexuales⁸⁸.

5. ¿DOLO O TAMBIÉN ÁNIMO LÚBRICO?

El elemento subjetivo del tipo de las agresiones sexuales es, exclusivamente, el dolo. Es necesario el dolo porque el autor debe conocer y tener voluntad de atacar la libertad sexual de otra persona mediante un acto sexual violento o intimidatorio. Por el contrario, no es necesario el elemento subjetivo del ánimo lascivo o lúbrico, consistente en la tendencia a excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno⁸⁹, aunque un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sí lo vienen exigiendo⁹⁰. La lascividad que envuelve el atentado contra la libertad sexual debe desprenderse objetivamente de la conducta del sujeto, y por ello lo que debe ser lúbrico no es el ánimo del sujeto, sino la acción objetivamente considerada⁹¹.

⁸⁶ De acuerdo con tal criterio CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal-II*, p. 333.

⁸⁷ STS de 2 de julio de 1998.

⁸⁸ STS de 1 de octubre de 1999. Además, el Auto de 18 de enero de 1995 justificó la presencia del elemento típico de la intimidación en un supuesto —muy conocido académicamente (v. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, p. 289)—, en que el agresor amenaza a la víctima con revelar a sus padres que mantuvo relaciones sexuales con su novio. El Auto de 25 de junio de 1997 justificó la intimidación para realizar un acto sexual en la amenaza de un médico, único de la localidad, de no expender las recetas médicas. Y asimismo, la STS de 15 de enero de 1998 también incluyó dentro de la intimidación típica las amenazas del sujeto activo a sus hijos de que los enviará a Alemania con su madre (de la que estaba divorciado) si no se avenían a sus propósitos sexuales. También la STS de 12 de mayo de 1999 apreció la intimidación en el «miedo que tenía la víctima al padrastro ya que la recriminaba por cualquier cosa y tenía carácter violento».

⁸⁹ Así MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 201; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 250; CANCIO MELIA, *Comentarios*, p. 520; SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, La Ley (1992), p. 1069; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 132; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal (PE)*, p. 95; CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal-I*, p. 315; JIMÉNEZ VILLAREJO, *Comentarios al Código penal*, p. 1275 y s.; MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 116; CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas*, p. 199. Así también las SSTS de 25 de enero y 6 de febrero de 1994 y el Auto del TS de 21 de junio de 1995. El TS ha hablado en ocasiones de «dolo libidinoso», v. STS de 12 de junio de 1995.

⁹⁰ Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 124, exigiendo una tendencia lasciva; el mismo, *Comentarios*, p. 335, sólo para los comportamientos sexuales objetivamente equívocos; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 188, señalando que el ánimo libidinoso, en principio, *se presume en todo caso*, pero ello es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1438; DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 104; BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 26. V. STS de 11 de mayo de 1995.

⁹¹ V. GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 29 y 434 y s. Basta, por ello, con que el sujeto conozca y quiera ejecutar la acción de carácter sexual, como señala alguna sentencia del TS, v. SSTS de 6 de febrero y 22 de mayo de 1995 y de 27 de enero de 1997.



Precisamente los delitos sexuales siempre han sido considerados de propia mano⁹² y, por ello, con limitadas formas típicas de realización en tanto que sólo se ha admitido la autoría directa, es decir, la ejecución personal de los elementos típicos⁹³. Sin embargo, con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995, y con mayor nitidez después, el atentado sexual en que consiste la agresión sexual básica o la violación se establece en función del sujeto pasivo, pues desde la perspectiva del titular del bien jurídico resulta indiferente quién ejecuta el hecho y qué le anima a ello, siendo lo relevante que la conducta atenta contra su libertad sexual⁹⁴. La STS de 2 de noviembre de 1994 es muy ilustrativa al respecto cuando declara:

por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando se la realiza con el propio cuerpo, como cuando se la realiza a través de otro que opera como mero instrumento⁹⁵.

Desde este punto de vista, las agresiones sexuales también pueden entrar en concurso ideal con el delito relativo a la prostitución de mayores y menores de edad e incapaces de los arts. 187 y 188 CP.

IV. LA VIOLACIÓN

Señala el art. 179 del CP:

Cuando la agresión sexual 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, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a 12 años.

El delito de violación, que constituye una agresión sexual agravada, cuenta con una honda raigambre en nuestra legislación penal—sólo interrumpida en cuanto al *nomen iuris* con la entrada en vigor del CP de 1995 y que restaura la reforma de 1999—. Esta figura delictiva ha sufrido una gran transformación en cuanto a su contenido; por un lado, ya no es preciso ser mujer para ser sujeto pasivo de este delito—como hasta 1989—; por otro, las vías de acceso carnal pueden ser tanto la

⁹² Con falta de fundamento o, de haberlo, muy discutible, v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal, Granada*, 1996, pp. 290 y ss., 300 y ss.

⁹³ V. DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, p. 100 y ss.; el mismo, *Comentarios*, p. 339 y ss.

⁹⁴ V. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 300 y s.

⁹⁵ Negando el carácter de propia mano del delito de violación la STS de 19 de enero de 2007.



vagina, el ano o la boca —hasta 1989 sólo la vía vaginal—⁹⁶; a partir de 1995 se convierte la agresión sexual de introducir objetos como modalidad equiparable a las anteriores, aunque sólo por las vías vaginal y anal y no por las tres, como inicialmente instituyó el CP vigente. A partir de 1995 no constituye delito de violación, sino abuso sexual, el acceso carnal o la introducción de objetos —y miembros corporales a partir de 2003— perpetrados en menor de 12 años sin violencia o intimidación —la reforma de 1999 elevó esa edad a 13 años—.

Si se realizan las diversas conductas alternativas posibles que se derivan del tipo de violación (vaginal, anal, bucal o introducción de miembros corporales u objetos), en un mismo ataque sexual cabría apreciar unidad de acción⁹⁷, y por tanto un único atentado a la libertad sexual, cuando se realizan los actos repetidos inmediatamente en la misma situación fáctica de violencia o intimidación y aprovechando la misma ocasión⁹⁸, si bien puede suponer un mayor desvalor de la acción y del resultado que puede tener su reproche en la fase de individualización de la pena. Asimismo, si el sujeto pretende consumir de un determinado modo el ataque sexual —vía vaginal y termina haciéndolo de otra forma o ejecutando otras modalidades, vía anal o introducción de objetos—, no debe apreciarse concurso de delitos puesto que estamos ante una homogeneidad de comportamientos típicos⁹⁹.

La libertad e indemnidad sexuales constituye un bien jurídico eminentemente personal, aunque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 74.3 del CP, se podrá apreciar la continuidad delictiva con carácter excepcional, atendiendo a la naturaleza del hecho y al precepto infringido¹⁰⁰. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en principio reacia a la aplicación del delito continuado en los delitos sexuales, a partir

⁹⁶ Cierta sector doctrinal, sin embargo, considera inadecuada la equiparación de la violación bucal con la anal y la vaginal, v. DEL ROSAL BLASCO, *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 163.

⁹⁷ V. SSTS de 16 de noviembre de 1995, de 13 de noviembre de 1995, de 20 de noviembre de 1995, de 26 de abril de 1996, de 28 de septiembre de 1996, de 3 de marzo de 1997, de 19 de noviembre de 1998 y de 14 de mayo de 1999, 20 de diciembre de 2006 y 15 de octubre de 2009. La STS de 10 de octubre de 1997 consideró que la agresión consistente en introducir un palo en la vagina queda absorbida por el acceso carnal que tuvo lugar a continuación fruto del mismo impulso erótico, no habiendo lugar a concurso real. En cambio, la STS de 21 de junio de 1995, consideró que no había unidad de acción y sí delito continuado en la penetración bucal seguida de intento de penetración vaginal.

⁹⁸ En el mismo sentido SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, La Ley (1992), p. 1071. Así SSTS de 21 abril 1992, 6 junio 1995 y la de 5 de mayo de 1998.

⁹⁹ Supuesto de la STS de 4 de julio de 1994, en que el autor pretendía yacer con la víctima y, ante la resistencia de ésta, termina obligándola a soportar la introducción del pene en su boca.

¹⁰⁰ En contra MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 206; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 140. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, III, Madrid, 2001, p. 299 y s., señala que «no debería apreciarse nunca el delito continuado en las agresiones sexuales (arts. 178 y 179), en las que aparece en un primer plano el ataque a la libertad sexual y se debería aplicar únicamente en los delitos de abusos y acoso sexuales, en los que aparece en primer plano la infracción de normas de la ética social, y sólo en segundo plano el ataque a la libertad sexual».



de la Sentencia de 31 enero 1986¹⁰¹ viene aplicando la continuidad delictiva en los delitos sexuales —también en el delito de violación— cuando exista homogeneidad de los hechos y la absoluta imposibilidad de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron¹⁰², o que el acto sexual tenga como sujeto pasivo la misma persona y se repita de manera seguida o inmediata y que ello acontezca con motivo de la misma ocasión y en análogas circunstancias de tiempo y lugar¹⁰³.

1. ¿QUÉ CONSTITUYE ACCESO CARNAL?

La violación consiste en un acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos utilizando la violencia o intimidación realizados por las vías vaginal, anal o bucal¹⁰⁴, si se trata de acceso carnal, o por vía vaginal o anal si se trata de introducción de objetos o miembros corporales¹⁰⁵. Con ello deja de ser típica, como delito de violación, la introducción de objetos por vía bucal. El contenido del acceso carnal queda circunscrito ahora al coito vaginal heterosexual o la penetración anal o bucal, esto es, a la introducción del pene en alguna de esas tres cavidades. Es irrelevante el sexo del sujeto activo, que puede serlo tanto el hombre como la mujer en todas las modalidades de ejecución¹⁰⁶, aunque con limitación en las formas de autoría en función de quién sea el sujeto pasivo del delito¹⁰⁷; así, la mujer no podría cometer en autoría directa —pero sí como autora mediata o coautora— el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, cuando el sujeto pasivo sea otra mujer. El hombre, sin embargo, podrá ser siempre autor directo de todas las modalidades de ejecución del delito. Asimismo, resulta irrelevante el sexo del sujeto pasivo, pudiéndolo ser tanto el hombre como la mujer en todas las modalidades. En consecuencia, caben, además de la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata¹⁰⁸.

¹⁰¹ V. SSTS de 18 diciembre 1986, 27 marzo 1987, 6 octubre 1988, 24 enero 1989, 18 diciembre 1991, 21 abril 1992, 4 octubre 1993, 30 junio 1994. Admitiéndolo, excepcionalmente, en las SSTS de 22 octubre 1992, 18 diciembre 1991 y 17 julio 1990.

¹⁰² STS 2 de febrero de 1998.

¹⁰³ SSTS de 13 de abril de 1998 y de 12 de abril de 1999.

¹⁰⁴ DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 167, considera, sin embargo, que debió equipararse el *cunnilingus* a la felación.

¹⁰⁵ La redacción anterior del art. 179 distinguía entre acceso carnal, introducción de objetos y penetración bucal o anal.

¹⁰⁶ También el TS ha admitido la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito en el acceso carnal violento o intimidatorio siendo sujeto pasivo el hombre, equiparando acceder carnalmente con hacerse acceder; así STS de 19 de noviembre de 2002. En tal sentido v. el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005.

¹⁰⁷ En contra, sin embargo, de que la mujer pueda ser sujeto activo del delito de violación en la modalidad de acceso carnal por vía vaginal —y en consecuencia por las vías anal y bucal— cuando el sujeto pasivo sea varón JIMÉNEZ VILLAREJO, *Comentarios al Código penal*, p. 1294.

¹⁰⁸ Más detenidamente HERNÁNDEZ PASENCIA, *La autoría mediata*, p. 299 y ss. Admitiendo la coautoría del que ejerce violencia para que otro tenga acceso carnal y negando el carácter de propia



Serían coautores tanto el que tiene el acceso carnal con la víctima, sin ejercer violencia, como el que ejerce la violencia sin tener acceso carnal si tienen dominio del hecho¹⁰⁹; y es autor mediato el que coacciona o engaña a un sujeto hasta instrumentalizarlo fácticamente para que realice actos sexuales con un tercero, sin ponerse de acuerdo con éste. También resultan aplicables las reglas generales de la participación a las agresiones sexuales¹¹⁰. La mera presencia de un sujeto mientras otro realiza el atentado sexual no constituye cooperación necesaria, si dicha presencia no se requiere para la consumación¹¹¹. Específicamente cabe la posibilidad de apreciar la cooperación necesaria y la complicidad en comisión por omisión de las agresiones sexuales en tanto el omitente ostente la posición de garante con respecto a la víctima¹¹².

El acceso carnal, pues, implica la introducción del pene en la vagina, ano o boca del sujeto pasivo. No obstante, cabe incluir en el concepto de acceso carnal el supuesto en que, con violencia o intimidación, la mujer sea sujeto activo del delito y el hombre el sujeto pasivo¹¹³; no resultan convincentes los argumentos de orden

mano, la STS de 15 de febrero de 1997; sin embargo estiman la cooperación necesaria las STSS de 6 de octubre de 1995 y de 10 de abril de 1997. En el mismo sentido LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 153; MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 213; CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas*, p. 245.

¹⁰⁹ En el mismo sentido JIMÉNEZ VILLAREJO, *Comentarios al Código penal*, p. 1276. Y por ello, cuando el que ejerza violencia acabe teniendo también acceso carnal mientras su compañero ejerce la violencia, deben admitirse dos delitos de violación en los que intervienen los dos sujetos en calidad de coautores, y no de autor directo de una violación y cooperador necesario en la violación del otro, como propone ORTOS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 232 y s., y de la jurisprudencia, v. SSTSS de 20 de octubre de 1999 y de 24 de noviembre de 2009.

¹¹⁰ La STS de 9 de febrero de 1995 aprecia inducción en quien sugiere a otro que tenga relaciones sexuales con un tercero. La STS de 7 de marzo de 1996 apreció complicidad en quien facilitó una vivienda para que consumaran las violaciones.

¹¹¹ Así la SSTSS de 2 de julio de 1998, de 20 de octubre de 1999 y de 22 de julio de 1999, aunque en esta última se apreció complicidad en el comportamiento de impedir a otro acercarse a la víctima para socorrerla mientras se la agredía sexualmente.

¹¹² Como ocurre desde caso de la STS de 31 de enero de 1986, v. comentario de LUZÓN PEÑA, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, en *Estudios Penales*, 1991, p. 235. V. STS de 4 de octubre de 2005, castigando como cómplice en comisión por omisión a quien trasladó en su vehículo hasta un paraje a la víctima y luego no impidió la violación de la misma ejecutada por un tercero (art. 11, b) CP); también la STS de 10 de octubre de 2006.

¹¹³ Así GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 334; ORTOS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 217. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 203, admite tal posibilidad, considera que la cualificación del art. 179 CP debe reservarse para los casos verdaderamente graves y no lo es este supuesto. V. también admitiendo la posibilidad SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 221; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 296; MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 180; LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 150. DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 109, excluyen a la mujer como sujeto activo, salvo en la modalidad de introducción de objetos, aunque refiriéndose a la regulación anterior a la reforma de 1999, en que el tipo penal requería expresamente, aparte del acceso carnal, «penetración bucal o anal».





gramatical —el art. 179 CP ya no habla de penetración sino de acceso carnal—, de que resulta difícil la materialización de tal hipótesis o de que se trata de supuestos menos graves —no existe base objetiva de la que pueda presumirse que la lesión de la libertad sexual sea menos grave porque el sujeto pasivo sea varón—¹¹⁴. Por tanto, el hombre, como sujeto activo del delito, puede tener acceso carnal con otro hombre por vía anal o bucal, mientras que la mujer, como sujeto activo, puede tener acceso carnal con un hombre por vía vaginal, anal o bucal¹¹⁵.

Qué grado de penetración o introducción del pene en las distintas vías se requiere es algo no delimitado, aunque resuelto por la jurisprudencia con un criterio amplio en el sentido de estimar como suficiente la penetración parcial¹¹⁶, o incluso vestibular, sin requerirse ningún otro aditamento (eyaculación, satisfacción, etc.)¹¹⁷. Cuando se trata de penetración bucal¹¹⁸, según el TS, la consumación no requiere que el pene sobrepase los dientes del sujeto pasivo, sino que basta con apoyarlo en ellos¹¹⁹.

Las agresiones sexuales del art. 178 quedan consumidas en el delito de violación siempre que formen parte del mismo ataque sexual (por ejemplo los previos o coetáneos tocamientos libidinosos con acceso carnal)¹²⁰. Por otro lado, el desistimiento, de conformidad con lo establecido en el art. 16.2 del CP, exime de responsabilidad por el delito intentado, si bien subsiste respecto de los actos delictivos ya ejecutados —es el caso del que pretende agredir sexualmente con acceso carnal (art. 179) que desiste, pero responderá por las agresiones (tocamientos, etc.) que ya hubiera ejecutado (art. 178)—. Cabe apreciar la tentativa de violación cuando la resistencia de la víctima o la acción de un tercero hacen *desistir* al autor¹²¹, o en caso de desproporción entre los órganos genitales abandonando por ello el ataque sexual¹²².

¹¹⁴ Así DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 283 y s.; MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 179.

¹¹⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 130, para quien el elemento del acceso carnal en la violación está presidido por la idea de penetración, considerando como mera agresión sexual la felación violenta practicada sobre un varón.

¹¹⁶ STS de 6 de marzo de 1995.

¹¹⁷ V. SSTS de 14 de diciembre de 1993 y de 23 de marzo de 1997.

¹¹⁸ Que no requiere que el pene se encuentre en estado de erección como parece exigir MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, p. 184.

¹¹⁹ STS de 14 de mayo de 1999.

¹²⁰ V. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 234.

¹²¹ V. SSTS de 20 de mayo de 1997 y de 23 de abril de 1998.

¹²² SSTS de 20 de febrero de 1997 y de 15 de enero de 1998.

2. INTRODUCCIÓN DE MIEMBROS CORPORALES U OBJETOS

La introducción de miembros corporales u objetos es típica en tanto se realice por vía vaginal o anal, otorgando a la acción el carácter de lúbrica¹²³; por ello resulta exigible cierta equivalencia entre el objeto que se introduce en dichas cavidades y el pene —no así cuando se introduce en tales vías droga con el objeto de usar a la persona como instrumento de tráfico ilegal¹²⁴ o de atentar contra el feto—, con el fin de lograr cierta equiparación valorativa entre las diversas modalidades de la violación¹²⁵. Los objetos deben ser externos al cuerpo humano (palo, hierro, desodorante, empuñadura de arma, zanahoria, etc.).

Mediante la reforma del CP de 25 de noviembre de 2003 se adicionó a la descripción típica la introducción de miembros corporales —por ejemplo dedos o lengua—, en tanto que no podían considerarse objetos esas partes del cuerpo del sujeto activo del delito¹²⁶, y así lo entendía la jurisprudencia¹²⁷. Los miembros corporales deben corresponder a los de una persona, no a animales, pues el *bestialismo* —práctica sexual con animales—, si llegara a existir introducción del miembro viril del animal en vagina o ano de otra persona, se corresponde con la modalidad de introducción de objetos y sería constitutiva de un delito de violación cuando el animal es compelido por el sujeto activo del delito —hombre o mujer—.

V. AGRESIONES SEXUALES AGRAVADAS

En el art. 180 del CP se recogen unas circunstancias que agravan las agresiones sexuales previstas en los arts. 178 y 179. Se trata de circunstancias que podrían reconducirse a las reguladas con carácter genérico en los arts. 22 y 23 del CP, pero su genuino efecto radica en la elevación de los marcos penales que produce su concurrencia¹²⁸, hasta el punto de que podría quebrarse el principio de proporcio-

¹²³ V. Auto de 21 de junio de 1995. La STSJ de Andalucía de 30 de enero de 1999 no consideró violación introducir por el ano un cornetín al considerar esta acción como parte de la brutal agresión que derivó en asesinato al concurrir alevosía y ensañamiento.

¹²⁴ Por su parte GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 336, requiere, cuando se trate de la introducción de objetos por vía bucal, un contacto corporal de naturaleza sexual previo, simultáneo o posterior a la introducción con la finalidad de asegurar que se trate de un atentado contra la libertad sexual.

¹²⁵ V. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 298.

¹²⁶ Críticamente MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 204, y DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 167, para quienes debía equipararse la introducción de dedos por vía vaginal a la introducción de objetos.

¹²⁷ Así SSTS de 14 de febrero de 1994 y de 23 de marzo de 1999.

¹²⁸ Sin embargo la aplicación de las agravantes genéricas, conforme a las reglas del art. 66 del CP, no supondría el incremento tan notable de las penas, salvo en el supuesto de la reincidencia que posibilita la imposición de la pena superior en grado (art. 66.1, 5ª CP).



nalidad¹²⁹, previendo penas de prisión de cinco a diez años y de doce a quince según se trate, respectivamente, de agresiones sexuales básicas o del delito de violación. En efecto, el CP de 1995, aparte de en otros muchos delitos, desafina en materia sexual su sistema punitivo sobre todo en relación con el delito de homicidio que tenía fijada *igual* pena (reclusión menor) que la violación; pues bien, ahora podrán castigarse algunas violaciones, no con igual pena que la del homicidio, sino con una pena *mayor* (prisión de 12 a 15 años) que la de éste al entrar en juego las agravantes del art. 180 y, específicamente, cuando resulte aplicable lo previsto en su número segundo (penas en su mitad superior)¹³⁰. Además se agrava esta situación al constatarse cierta indeterminación de las circunstancias tal como están redactadas, peligrando la seguridad jurídica¹³¹.

1. CARÁCTER DEGRADANTE O VEJATORIO DE LA VIOLACIÓN O INTIMIDACIÓN

El art. 180.1, 1ª agrava la agresión sexual «*cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*». Se trata de una circunstancia que agrava lo injusto en tanto supone un mayor desvalor del resultado al potenciar la lesión de modo recalcitrante a la dignidad del ser humano. El carácter degradante o vejatorio se predica, no de la agresión sexual en sí que, generalmente, su propia naturaleza implica ya tal carácter¹³², sino de la violencia o intimidación ejercidas¹³³. Se trata, en definitiva, de ejercer la violencia o intimita-

¹²⁹ En este sentido, CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 268; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 308; DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 115.

¹³⁰ Así lo han puesto de manifiesto DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 607 y s.; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 245; DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 170. La violación (art. 179) se castigará con pena de prisión de doce a quince años, si concurriera alguna de las circunstancias del art. 180, y la misma pena en su mitad superior (trece años, 6 meses y un día a quince años) cuando concurrieran dos o más de esas circunstancias, mientras que la pena correspondiente al delito de homicidio (art. 138) es la de prisión de diez a quince años.

¹³¹ Así ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas*, La Ley (1996), p.1347; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 222; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1455.

¹³² V. SSTS de 21 de enero de 1997, 21 de febrero de 1998, 17 de enero de 2001, 9 de abril de 2003 y 24 de octubre de 2007. Por ello no parecen aceptables las críticas de DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 610, y ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996), p. 1347. Como en el texto GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 337, considerando que la utilización de la expresión «particularmente» salva la cuestión de que cualquier atentado sexual es degradante y vejatorio. Sin embargo, la reciente STS de 2009 aplica la agravante en el supuesto en que la víctima fue penetrada simultáneamente por vía anal y vaginal, lo que considera especialmente vejatorio para aquélla, pero no vinculando la circunstancia con el medio comisivo violento o intimidatorio.

¹³³ No aparece aplicable la circunstancia al ejemplo que cita QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 143, de achacarle a la víctima su debilidad o el placer no confesado que ha experimen-

ción más allá de lo estrictamente necesario para doblegar la voluntad de la víctima y en el modo en que se ejerce¹³⁴, lo que deberá constatarse atendiendo a las circunstancias del hecho concreto.

Para algunos autores tenía aplicación la agravante en los casos en que se introducen elementos humanos distintos del pene (lengua, dedos, puño, etc.) por las cavidades vaginal, anal o bucal¹³⁵; sin embargo, tras la reforma del CP de 2003 de su art. 179, tales acciones son constitutivas por sí del delito de violación. Para otros se tiende a cualificar determinadas prácticas sexuales sadomasoquistas¹³⁶ o, a veces, atendiendo al propio contenido de la intimidación¹³⁷, a la innecesariedad, por exceso de la contudencia de la violencia¹³⁸, que la jurisprudencia cifra en brutalidad, salvajismo o animalidad¹³⁹.

La mayoría de las veces esta circunstancia resultará incompatible con la apreciación del ensañamiento (art. 22.5ª CP) o incluso con la de discriminación (art. 22.4ª CP).

2. ACTUACIÓN CONJUNTA DE DOS O MÁS PERSONAS

El art. 180.1, 2ª agrava lo injusto de la agresión sexual «*cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*». Antes de la reforma de

tado, pues el carácter vejatorio o degradante de la agresión sexual no procede aquí de la violencia o intimidación. Tampoco parece posible ante el supuesto de cometer los hechos en público como SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 222. En tal sentido también MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 301.

¹³⁴ Cfr. GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, señalando que la agravante no incluye la utilización de violencia excesiva, que tendría su ubicación en la circunstancia 5ª del art. 180. Sin embargo, en tal circunstancia sólo es subsumible la utilización de armas o medios peligrosos, y no el *quantum* de violencia utilizado.

¹³⁵ ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1455.

¹³⁶ CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 268; ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996, p. 1347; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 113.

¹³⁷ La STS de 22 de julio de 1998 apreció esta cualificación en las circunstancias fácticas de «sacar la pistola, obligar a aquella a decir 'soy una guarra y me gusta follar contigo', conminarla a masturbarse, amenazarla con introducirle un palo por la vagina y manifestarle, mientras la obligaba a felar, que iba a mearle en la boca y que se bebiese la orina»; la SSAP de Alicante de 20 de diciembre de 2007 y 24 de septiembre de 2008: el acusado le introdujo el puño y parte del antebrazo por vía vaginal y rectal; agresión sexual con violencia física, psíquica, detención ilegal durante dos meses e introducción del miembro viril en la boca de la víctima obligándola a limpiárselo. La SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2002: arrojar parte de los excrementos de la víctima a su cara y rostro y sacarla a la calle desnuda y manchada profiriendo expresiones despectivas. STS de 19 de enero de 2006: mantener a la víctima desnuda o semidesnuda casi toda la noche siendo penetrada analmente por distintos varones, siendo obligada a beber cerveza y a fumar hachís. SAP de Barcelona de 3 de julio de 2009: introducción de palo de fregona cubierto con preservativo por ano y vagina manteniéndola atada a las patas de la cama.

¹³⁸ STS de 23 de marzo de 1999.

¹³⁹ STS de 24 de octubre de 2007.



1999 esta circunstancia requería «tres o más personas actuando en grupo». Los hechos a que se refiere la circunstancia agravante son los típicos previstos en los arts. 178 y 179 CP —si bien resultan algunas aplicables a los abusos sexuales— y la referencia a la actuación conjunta supone la existencia de previo o coetáneo acuerdo. Se plantea la duda de qué grado de colaboración debe exigirse para aplicar esta cualificación¹⁴⁰; y para algunos autores implica considerar a todos los intervinientes como coautores¹⁴¹, si bien es factible la posibilidad de que intervengan otros sujetos a título de partícipes como cómplices o cooperadores necesarios (por ejemplo, atrayendo a la víctima, mediante engaño, al lugar de los hechos o donde se encuentra el autor)¹⁴². A mi juicio, prescindiendo de argumentos gramaticales¹⁴³, resulta necesario, sin embargo, que la actuación se verifique en la fase de ejecución del delito, no siendo por lo tanto aplicable la agravación al inductor ni a los cómplices y cooperadores necesarios de un único autor; sólo cabe aplicarla a los coautores, dado que el fundamento de esta cualificación se basa en la mayor indefensión que se causa a la víctima por aquéllos que tienen que haber realizado los tipos penales de referencia —arts. 178 y 179 CP—, lo que no sucede en el caso de los partícipes. La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo sostiene, sin embargo, que la agravación es aplicable no sólo cuando intervienen varios sujetos en calidad de coautores, sino también cuando el autor se apoya en un cooperador presente en la ejecución de los hechos, pues el fundamento de la agravación radica en una mayor antijuricidad del hecho, un mayor reproche punitivo, no siendo sin embargo aplicable al cooperador necesario de un autor en tanto que se infringiría el principio *non bis in idem* al tomar la conducta de cooperación para castigarla como tal y, de nuevo, para agravarla, pues tal figura es accesoria y necesita siempre de la autoría de un hecho principal¹⁴⁴.

Esta cualificación no resulta incompatible con la circunstancia genérica de auxilio de otras personas, pero sí con la de abuso de superioridad del art. 22.2^a del CP.

¹⁴⁰ V. ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996), p. 1347.

¹⁴¹ Así parecen exigirlo MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 207; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1456; LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal (PE)*, p. 156.

¹⁴² Ésta es la opinión más extendida, v. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 239 y s.; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especí* CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal (PE)*, p. 101, p. 303; DÍAZ MAROTO VILLAREJO, *Compendio (PE-II)*, p. 113 y s.; CANCIO MELIÁ, *Comentarios*, p. 527; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal (PE)*, p. 223.

¹⁴³ El art. 180.1 del CP señala que «las anteriores conductas serán castigadas con las penas...» y la circunstancia 2^a de ese artículo señala que «los hechos se cometan por la actuación conjunta...», amén de lo dispuesto en el art. 28 CP que habla de que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente...».

¹⁴⁴ V. las SSTs de 13 de febrero de 2002, 7 de abril de 2004, 27 de julio y 24 de noviembre de 2009.

3. VÍCTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE

La circunstancia 3ª del art. 180.1 cualifica las agresiones sexuales «*cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183*». La reforma penal de 2010 ha retocado esta agravación al añadir la discapacidad de la víctima —que realmente constituye un supuesto de vulnerabilidad— y suprimiendo la referencia a menores de 13 años al regularse específicamente ahora en el art. 183 CP. Su aplicación requiere un especial debilitamiento de la víctima procedente de circunstancias o hechos ajenos a la voluntad del agresor, aumentando el desvalor de lo injusto. La vulnerabilidad implica una capacidad inferior a la normal de la víctima para oponerse al ataque sexual violento o intimidatorio¹⁴⁵. Y ello se aprecia atendiendo a la edad, en el caso de personas ancianas¹⁴⁶, o también por la enfermedad (paralíticos, inválidos, enfermedad psíquica, recién operados, etc.). Por lo que respecta a la situación de la víctima, no debe identificarse como supuesto de prevalimiento del autor, pues es objeto de otra cualificación. Al no responder mínimamente este elemento al principio de taxatividad de la ley penal debe reputarse contraria al principio de legalidad, algo reprochable en el legislador moderno, sobre todo si se tiene en cuenta que tuvo —aunque siempre la hay— la oportunidad de eliminarla o especificarla a través de las recientes reformas de 1999, 2003 o 2010. No se puede dejar todo al arbitrio del juez según se vayan presentando las situaciones; éstas deben conocerse antes de que se presenten.

Esta agravante resulta incompatible con la de abuso de superioridad del art. 22.2ª CP y con la del art. 22.4ª CP por lo que se refiere a la enfermedad o minusvalía de la víctima.

4. RELACIÓN DE SUPERIORIDAD O PARENTESCO

El art. 180.1, 4ª CP agrava la agresión sexual «*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*». Su aplicación requiere, de un lado, constatar la relación de superioridad o parental y, de otro, que ésta se haya convertido en uno de los instrumentos para procurar la agresión sexual, sin que sea suficiente la concurrencia exclusiva del primero de los dos requisitos. Sin embargo, la previsión de esta agravante parece no

¹⁴⁵ Así ORTS BERENGUER, *Derecho Penal (PE)*, p. 240. La STS de 29 de octubre de 2009 aplica la agravación en el supuesto constatado de que el autor aprovecha la enfermedad de la víctima —encefalopatía de grado medio— para utilizar una mínima violencia/intimidación.

¹⁴⁶ La STS de 10 de noviembre de 2009 no aplicó el subtipo agravado a pesar de la avanzada edad de la víctima —69 años— por cuanto no quedó acreditado que esa edad le supusiera una debilidad física que la hiciera vulnerable.



estar muy acertada, entre otras cosas, al resultar, en principio, incompatible e innecesaria la utilización de la violencia o intimidación con el prevalimiento de la relación de superioridad o parentesco¹⁴⁷, si bien la posición del autor facilita la comisión del delito en cuanto que requiere por ello de una menor violencia o intimidación. Por otro lado, como señala un sector doctrinal, es criticable el ámbito de aplicación de esta circunstancia, extendiéndose incluso a las relaciones de afinidad¹⁴⁸.

Este tipo agravado es incompatible con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP.

5. UTILIZACIÓN DE MEDIOS PELIGROSOS

El art. 180.1, 5ª CP agrava las agresiones sexuales «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 artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». Entre los medios peligrosos pueden señalarse el puño de hierro o puño americano¹⁴⁹, amén de las armas de fuego, armas blancas, bate de béisbol, cadena, barra de hierro, etc., aunque, como apunta GONZÁLEZ RUS, la referencia a «medios» permite incluir también los procedimientos peligrosos¹⁵⁰. Nada dice el CP sobre si los medios o las armas deben utilizarse directamente contra la víctima o basta con usarlas frente a un tercero, aunque cabe referir su utilización del mismo modo en que debe ejercerse la violencia o la intimidación, es decir, la violencia siempre sobre la víctima y la intimidación sobre ésta o un tercero. El uso de armas o medios no destinados a intimidar no dan lugar a la apreciación de la agravación¹⁵¹, ni tampoco necesariamente por el mero uso de las armas cuando no están en condiciones de producir la muerte o las lesiones graves¹⁵².

¹⁴⁷ V. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 208; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 305; DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 610; ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996), p. 1347; DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 169. En cambio GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 338, estima que puede tener cabida específicamente cuando la agresión sexual se realice con intimidación y no con violencia.

¹⁴⁸ MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial*, p. 305 y s.; CARMONA SALGADO, *Derecho Penal (PE)*, p. 271; DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 610; ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996), p. 1347; DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 169.

¹⁴⁹ V. STS de 25 de noviembre de 1997.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ RUS, *Los delitos contra la libertad sexual*, p. 339.

¹⁵¹ Como ocurrió en el caso de la STS de 21 de febrero de 1998 en que el agresor ató a la mujer a la cama para lograr el acceso carnal, utilizando un cuchillo para cortar la ropa de la víctima que luego dejó sobre una mesilla. V. también STS de 22 de diciembre de 1997. Cfr., no obstante, STS de 1 de diciembre de 1997, que sí aprecia la agravación en el supuesto en que el autor pone la navaja en el cuello de la víctima, o utilizando un destornillador (STS de 30 de abril de 1997).

¹⁵² La STS de 23 de marzo de 1999 defiende una aplicación restrictiva de esta circunstancia agravante, sometiéndose siempre al enjuiciamiento del caso concreto.

Tal como recoge el artículo 180.1, 5ª CP en su último inciso, la agresión sexual se agravará con independencia de la pena que pueda imponerse como consecuencia de producir la muerte o las lesiones mencionadas, es decir, está dejando abierta la posibilidad de apreciar el concurso de delitos entre la agresión sexual agravada y el homicidio o asesinato y las lesiones corporales. Se plantea la cuestión, sin embargo, si tal previsión de aplicar la agravante en el delito sexual en concurso con los otros delitos puede infringir el principio *non bis in idem*¹⁵³. Si se estima que la utilización de estos medios peligrosos para la vida o la integridad deben producir, necesariamente, un peligro concreto para que pueda aplicarse la agravación¹⁵⁴, y si el peligro termina verificándose en lesión, se estaría tomando, en primer lugar, la utilización de esos medios para fundamentar la existencia de violencia o intimidación, inherente al delito sexual; en segundo lugar, para aplicar la agravación al mismo prevista en el art. 180.1.5ª CP¹⁵⁵ y, en tercer lugar, en su caso, para castigar la muerte o lesiones producidas¹⁵⁶. En definitiva, no parece desatinado señalar que quedaría comprometido el *non bis in idem* cuando se producen lesiones o muerte y se aplica la agresión sexual agravada por la circunstancia 5ª del art. 180.1 del CP.

¹⁵³ Así lo considera DE TOLEDO Y UBIETO, *Agresión, abuso y acoso*, AP (1996), p. 610. También DEL ROSAL BLASCO, *Estudios*, p. 170.

¹⁵⁴ Incluso ORAA GONZÁLEZ, *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual*, La Ley (1996), p. 1347, plantea la posibilidad de la infracción del principio *non bis in idem* cuando la utilización del instrumento peligroso se toma para construir, de un lado, la violencia o intimidación (tipo básico) y, de otro, para la agravación de la conducta.

¹⁵⁵ Sin embargo, aun cuando la intimidación no se hubiera producido sin la utilización del medio peligroso, nada obliga a que la intimidación deba proyectarse poniendo en peligro concreto otros bienes jurídicos, por lo que el fundamento de la agravación viene dado por la utilización de una clase de intimidación peligrosa para otros bienes jurídicos.

¹⁵⁶ Además, habría que distinguir si estos resultados se producen dolosa o imprudentemente. Así, el art. 142.2 CP (homicidio por imprudencia grave) ya establece una agravación cuando la muerte se produjera utilizando un arma de fuego; igual previsión establece el art 621.5 CP, respecto del homicidio por imprudencia leve. Respecto a las lesiones, aunque el art. 180.2 CP remita a los resultados de las lesiones previstas en los art. 149 y 150 CP (delitos dolosos), no está excluyendo las causadas por imprudencia; y si las lesiones se produjeran por imprudencia (art. 152, 2º y 3º), habría que tener en cuenta que el art. 152.2 CP prevé también la agravación de las lesiones cuando se utiliza un arma de fuego.

